۳۸۲/۴/۲۱

آستان قدس

کتابخانه مرکزی آستان قدس رضوی

نام کتاب: روضة البهیة ج ۲ — کاغذ سمرقندی فرنگی

مؤلف متن: شهید اول — محشی:

شارح: شهید ثانی — مترجم:

تاریخ تحریر: ۸ جمادی الاول ۱۲۳۵ — نوع خط: نسخ، بخط مرتضی قلی بن اسمعیل دروی — تعداد سطر:

۲۰۳

جزء کتب: فقه — زبان: عربی — عدد اوراق: ۱۹۷

طول: ۲۰/۸ — عرض: ۱۴ — شماره عمومی: ۲۴۰۳۹

وقفی / خریداری: آیة الله حاج آقا حسین شاهرودی بوسیله حاج آقا الهی — تاریخ وقف / خریداری:

ملاحظات: جلد تیماجی مشکی کهنه شیرازه بندی ماشین ای الوان

دفتر محمد رضا الموسوی در ۲ رجب ۱۳۴۴

وکیل	ط	موکل
مسلم	مسلم	مسلم
کافر	کافر	کافر
مسلم	کافر	کافر
کافر	مسلم	کافر
کافر	کافر	مسلم
کافر	مسلم	مسلم
مسلم	کافر	مسلم
مسلم	مسلم	کافر

وهو بدء بالواحد وختم به

الآحاد	الآاثنین
الآثلاثة	الآاربعة
الآخمسة	الآستة
الآسبعة	الآثمانیة
الآتسعة	الآعشرة
الآتسعة	الآثمانیة
الآسبعة	الآستة
الآخمسة	الآربعة
الآثلاثة	الآاثنین
الآحد	

يصح نكاح ...

الاجير الخاص العمل ...

وقف محمد رضا الموسوي هذا الجامع

احله آخذ على ذكور اولاد ولد ولده ثم على الذكور من الاناث ثم على العموم المؤمنين القابلين الطالبين للعلم على نحو يصح الانتفاع الفعلي للغير في صورة عدم الانتفاع الفعلي للموقوف عليهم باذن المتولي وجعل توليتها لنفسه ثم لاصلحهم ثم للموقوف عليهم بتاريخ ... رجب ...

هو المستعان

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

كتاب الاجارة

وهي العقد على تمليك المنفعة المعلومة بعوض معلوم فالعقد بمنزلة الجنس يشمل سائر العقود وخرج بتعلقه بالمنفعة البيع والصلح المتعلق بالاعيان وبالعوض الوصية بالمنفعة وبالمعلوم اصداقها اذ ليس في مقابلها عوض معلوم وانما هو البضع ولكن ينتقض في طرده بالصلح على المنفعة بعوض معلوم فانه ليس اجارة بناء على جعله اصلا وايجابها آجرتك او اكريتك او ملكتك منفعتها سنة قيدنا التمليك بالمنفعة ليمتن به عما لو عبر بلفظ الايجار والاكراء فانه لا يصح تعلقه الا بالعين فلو اوردهما على المنفعة فقال آجرتك منفعة هذه الدار مثلا لم يصح بخلاف التمليك لانه يفيد نقل ما تعلق به فان ورد على الاعيان افاد ملكها وليس ذلك مورد الاجارة لان العين تبقى على ملك المؤجر فيتعين فيها اضافته الى المنفعة ليفيد نقلها الى المستأجر حيث يعبر بالتمليك ولو عبر بالبيع عن الاجارة فان اورده على العين فقال بعتك هذه الدار شهرا مثلا بكذا بطل لافادته نقل العين وهو مناف للاجارة وان قال بعتك سكناها سنة مثلا ففي الصحة وجهان ماخذهما ان البيع موضوع لنقل الاعيان والمنافع تابعة لها فلا يثمر الملك لو تجوز به في نقل المنافع منفردة وان نوى به الاجارة وانه يفيد نقل المنفعة ايضا في الجملة ولو بالتبع فيقوم مقام الاجارة مع قصدها والاصح المنع وهي لازمة من الطرفين لا تبطل الا بالتقايل او باحد الاسباب المقتضية للفسخ وسياتي بعضها ولو تعقبها البيع لم تبطل لعدم المنافاة فان الاجارة تتعلق بالمنافع للمستأجر والبيع بالعين وان تبعتها المنافع حيث يمكن سواء كان المشتري هو المستأجر او غيره فان كان هو المستأجر لم تبطل الاجارة على الاقوى بل يجتمع عليه الاجرة والثمن وان كان

غيره وهو عالم بها صبر الى انقضاء المدة ولم يمنع ذلك من تعجيل الثمن وان كان جاهلا

بها تخير بين فسخ البيع وامضائه مجانا مسلوب المنفعة الى انقضاء المدة ثم لو

تجدد فسخ الاجارة عادت المنفعة الى البائع لا الى المشتري ويعذر المستاجر لا يبطلها

وان بلغ حدا يتعذر عليه الانتفاع كما لو استاجر حانوتا فيحترق متاعه ولا يقدر

على ابداله لان العين تامة صالحة للانتفاع بها فيستصحب اللزوم ومن العذر العام

كالثلج المانع من قطع الطريق الذي استاجر الدابة لسلوكه مثلا فالاقرب جواز

الفسخ لكل منهما لتعذر استيفاء المنفعة المقصودة حسا فلو لم يجبر بالخيار لزم

الضرر المنفي ومثله ما لو عرض مانع شرعي كخوف الطريق لتحريم السفر او استاجر

امراة لكنس المسجد فحاضت والزمان معين ينقضي مدة العذر ويحتمل انفساخ العقد

في ذلك كله تنزيلا للتعذر منزلة تلف العين ولا تبطل الاجارة بالموت كما يقتضيه

لزوم العقد سواء في ذلك موت المؤجر والمستاجر الا ان تكون العين موقوفة على

المؤجر وعلى من بعده من البطون فيؤجرها مدة ويتفق موته قبل انقضائها فيبطل

لانتقال الحق الى غيره وليس له التصرف فيها الا زمن استحقاقه ولهذا لا يملك

نقلها ولا اتلافها نعم لو كان ناظرا وآجرها لمصلحة البطون لم تبطل بموته لكن

الصحة ليست من حيث انه موقوف عليه بل من حيث انه ناظر ومثله الموصى له

بمنفعتها مدة حياته فيؤجرها كذلك ولو شرط على المستاجر استيفاء المنفعة بنفسه

بطلت بموته ايضا وكلما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه تصح اعارته واجارته

وينعكس في الاجارة كليا دون الاعارة لجواز اعارة المنحة مع ان المقصود

منها وهو اللبن لا يبقى عينه ولا يصح اجارتها لذلك منفردا كان ما يؤجر او

مشاعا اذ لا مانع من الشياع باعتبار عدم القسمة لامكان استيفاء المنفعة بموافقة

الشريك ولا فرق بين ان يؤجره من شريكه وغيره عندنا ولا يضمن المستاجر العين

الا بالتعدي فيها او التفريط لانها مقبوضة باذن المالك لحق القابض ولا

في ذلك بين مدة الاجارة وبعدها قبل طلب المالك وبعده اذا لم يؤخر مع طلبها

اختيار و لو شرط في عقد الاجارة ضمانها فسد العقد لفساد الشرط من حيث انه مخالف
للشرع و مقتضى الاجارة و يجوز اشتراط الخيار لهما و لاحدهما مدة مضبوطة لعموم
المؤمنون عند شروطهم و لا فرق بين المعينة و المطلقة عندنا نعم لعين للتوكيد و التوسعة
نعم ذلك و هو اشتراط الخيار للمستاجر و للاجر بحيث يفسخ اذا تلف الا مع الاذن
او ظهور الغبطة في الفسخ فيفسخ حيث شرطها لنفسه لا بد في ذلك الا ان نفي الوكيل و لا
الغبطة في الوصي لعدم اقتضاء التوكيد فيها اضافة الخيار المقتضي للتسلط على ابطالها
و كذا لو كان فان نعد الوصي منوط بالمصلحة و لا بد من كمال المتعاقدين و جواز تصرفهما
فلا يصح اجارة الصبي و ان كان مميزا اذن له الولي و لا المجنون مطلقا و لا المحجور بدون
اذن الولي او من في حكمه و من كون المنفعة المقصودة من العين و الاجرة معلومتين و يتحقق
العلم بالمنفعة بمشاهدة العين المستاجرة التي هي متعلق المنفعة او وصفها بما يرفع الجهالة
و تعيين المنفعة ان كانت متعددة في العين و لم يرد الجميع و في الاجرة بكيلها او وزنها
او عدها ان كانت مما يعتبر بها في البيع او مشاهدتها ان لم يكن كذلك و الاقرب انه يكفي
المشاهدة في الاجرة عن اعتبارها باحد الامور الثلاثة ان كانت مما يعتبر بها لان الاجارة
معاوضة لا تبتني على المغابنة فلا بد فيها من انتفاء الغرر عن العوضين اما لو كانت
الاجرة مما يكفي في بيعها المشاهدة كالعقار كفت فيها المشاهدة هنا قطعا بلا خلاف و هو
خارج بقرينة الاعتبار و تملك الاجرة بالعقد لاقتضاء صحة المعاوضة انتقال كل من
العوضين الى الاخر لكن لا يجب تسليمها قبل العمل و انما تظهر الفائدة في ثبوت اصل الملك
فيتبعها النماء متصلا و منفصلا و يجب تسليمها بتسليم العين المؤجرة و ان كانت على عمل فبعده
لا قبل ذلك حتى لو كان المستاجر وصيا او وكيلا لم يجز له التسليم قبله الا مع الاذن
صريحا او بشاهد الحال و لو فرض توقف الفعل على الاجرة كالحج و امتنع المستاجر من
التسليم تسلط الاجير على الفسخ و لو ظهر فيها اي في الاجرة عيب فللاجير الفسخ او الارش
مع التعيين للاجرة في متن العقد لاقتضاء الاطلاق السليم و تعينه مانع من البدل كالبيع
فيجبر العيب بالخيار و مع عدمه اي عدم التعيين يطالب بالبدل لعدم تعيينه

عقار بالفتح آب و زمين

٣

اجرة فان أجيب إليه وإلا جاز له الفسخ والرضا بالمعيب فيطالب بالارش لتعين المدفوع
عوضا بتعينه عينه وقيل له الفسخ في المطلقة مطلقا وهو قريب إن تعذر الإبدال كما
ذكرنا لا مع بذله لعدم انحصار حقه في المعيب ولو جعل أجرتين على تقديرين
كنقل المتاع في يوم بعينه بأجرة وفي يوم آخر بأجرة أخرى أو جعل أجرتين احدهما
في الخياطة الرومية وهي التي بدرزين والأخرى على الخياطة الفارسية وهي التي
بدرز واحد فالأقرب الصحة لان كلا الفعلين معلوم وأجرته معلومة والواقع لا
يخلو منهما ولأصالة الجواز ويشكل بمنع معلوميته إذ ليس المستأجر عليه المجموع
ولا كل واحد وإلا لوجبا فيكون واحدا غير معين وذلك غرر مبطل لها كالبيع
بثمنين على تقديرين ولو تحمل مثل هذا الغرر لزم مثله في البيع بثمنين لاشتراكهما
في العقد اللازم المشتمل على المعاوضة نعم لو وقع ذلك جعالة توجهت الصحة
لاحتمالها من الجهالة ما لا تحتمله الإجارة ولو شرط عدم الأجرة على التقدير
الآخر لم تصح في مسألة النقل في اليومين وثبت أجرة المثل على المشهور ومستند الحكمين
خبران احدهما صحيح وليس بصريح في المطلوب والآخر ضعيف أو موثق والرجوع
فيهما إلى الأصول الشرعية أولى وللمصنف في الحكم الثاني بحث نبه عليه بقوله وفي
ذلك نظر لان قضية كل إجارة المنع من نقيضها فيمكن أن يجعل مورد الإجارة
هنا القسم الذي فرض فيه أجرة والتعرض للقسم الآخر الخالي عنها تعرض في
العقد لحكمه بمقتضاه فان قضية الإجارة بالأجرة المخصوصة في الزمن المعين حيث
يطلق عدم استحقاق شيء لو لم ينقله أو نقله في غيره فيكون على تقدير اشتراط
عدم الأجرة لو نقله في غير المعين قد شرط قضية العقد فلم تبطل الإجارة في مسألة
النقل أو في غيرها مما شاركها في هذا المعنى وهو اشتراط عدم الأجرة على تقدير مخالفة
مقتضى الإجارة الخاصة غاية ما في الباب أنه إذا أخل بالمشروط وهو نقله في اليوم المعين
يكون البطلان منسوبا إلى الأجير حيث فوت الزمان المعين ولم يفعل فيه ما شرط عليه
فلا يستحق شيئا لانه لم يفعل ما استؤجر عليه ولا يكون البطلان حاصلا من جهة العقد

فلا وجه للحكم ببطلان الاجارة على هذا التقدير واثبات اجرة المثل بل اللازم عدم ثبوت

شيء لان نقل المتاع الى المكان المعين في غير الزمان لا انه نقل مالم يؤمر به فلا استحق

عليه وهذا النظر مما لم يتعرض له احد من الاصحاب ولا ذكره المصنف في غير هذا الكتاب وهو

نظر موجه الا انه لا يتم الا اذا فرض كون مورد الاجارة هو التعليق الى من المعين وما

خرج عنه خارج عنها فظهر الدلالة من كلام الاصحاب ان مورد الاجارة كلا القسمين

ومن ثم حكموا بصحتها مع اثبات الاجرة على التقدير من نقل الى حصول المقتضي وهو

المعينة المشتمل على الاجرة المعينة وان تعددت واختلفت لا بحصا بها وتعينها كان نقله

ببطلانها على التقدير الآخر ولو فرض كون مورد الاجارة هو القسم الاول خاصة

هو التعليق الى من المعين لكان الحكم بالبطلان على تقدير فرض اجرة مع نقله لانه

قضية الاجارة بخلاف ما تعلقت به فكان اولى بثبوت اجرة المثل وجعل القسمين متعلقها

على تقدير ذكر الاجرة الاولى خاصة على تقدير عدمه في الثاني مع كونه خلاف الظاهر

موجب لاختلاف الفرض بغير دليل ويمكن الفرق بكون تعيين الاجرة على التقدير

قرينة جعلهما مورد الاجارة حيث اتى بلازمهما وهو الاجرة فيهما واسقاطها في

تقدير الاخر قرينة عدم جعله مورد امن حيث نفي اللازم الدال على نفي الملزوم وشرط

فتنزيله على شرط قضية العقد اولى من جعله اجنبيا مفسدا للعقد لتخلله بين الايجاب و

القبول ولا ينافي صحة الاجارة على وجه اللزوم من كون المنفعة مملوكة له اي للموجر

لموجر اليه وهو من يدخل تحت ولايته ببنوة او وصاية او حكم شرعي كانت مملوكة له

بالاصالة كما لو استاجر العين فملك منفعتها بالاصالة لا بالتبعية للعين ثم آجرها او

اوصى له بها او بالتبعية لملكه للعين وللمستاجر ان يوجر العين التي استاجرها الا مع

الموجر الاول عليه استيفاء المنفعة بنفسه فلا يصح له ح ان يوجر الا ان يشترط للمستاجر

~~الاول مع شرط الموجر الاول على~~ الثاني استيفاء المنفعة له بنفسه فيصح ان يوجر ايضا لعدم

منافاته الشرط الموجر الاول فان استيفاء المنفعة بنفسه اعم من استيفائها لنفسه ومع

تقدير جواز ايجاره لغيره هل يتوقف تسليم العين على اذن مالكها فيه نعم اذ لم يلزم

المتعاقد

كان المراد انه على ما ذكرنا من اسقاط الاجرة على التقدير الآخر قرينة عدم جعله مورد الاجارة ليسقط ما حكم به الاصحاب من تنزيله على جعل التقدير مورد الاجارة لكن يحتمل بعد ذلك ان يحمل كلامه على انه تاكيد لشرط قضية العقد وبيان ان متعلق الاجارة هو ذلك التقدير فلا يستحق الاجرة على التقدير الآخر وح تصح الاجارة ويستقيم ما ذكره ويمكن ان يحمل على مجرد بيان ان الاجارة وقعت على كذا فلم تقع على كذا وح يبطل العقد لتخلل امر اجنبي بين الايجاب والقبول كما لو قال بعتك هذا العبد ولم اعتق جاريتك فقبل المشتري اذ لا يصح العقد لتخلل الاجنبي بين الايجاب والقبول وعلى ما قلناه ما ذكره المصنف من صحة الاجارة ... لكن الحمل على الاول اولى رعاية لاصالة الصحة فيتوجه ما ذكره

استحقاقه استيفاء المنفعة والاذن له في التسليم جواز تسليمها بالعين فيضمن لو سلمها
بغير اذن وقيل يجوز تسليمها من غير ضمان لان القبض من ضرورات الاجارة
للعين وقد حكم بجوازها والاذن في الشيء اذن في لوازمه وهذا هو الذي يتجه
المصنف في بعض حواشيه وفيه قوة ويؤيده صحيحة علي بن جعفر عن اخيه ع في
عدم ضمان الدابة المستاجرة بالتسليم الى الغير وغيرها مثلها ولو آجر الفضولي
فالاقرب الوقوف على الاجازة كما يقف غيرها من العقود وخصها بعض
لعدم النص فيها بخصوصه بخلاف البيع فان قصة عروة البارقي مع النبي ص في
شراء الشاة يدل على جواز بيع الفضولي وشرائه فقد يقال باختصاص الجواز
بمورد النص والاشهر توقفه على الاجازة مطلقا ولا بد من كونها اي المنفعة
معلومة اما بالزمان فيما لا يمكن ضبطه الا به كالسكنى والارضاع واما به او بالمسافة
فيما يمكن ضبطه بهما كالركوب فانه يمكن ضبطه بالزمان كركوب شهر وبا
كالركوب الى البلد المعين واما به او بالعمل كاستيجار الآدمي لعمل كالخياطة
فانه يمكن ضبطه بالزمان كخياطة شهر وبالعمل كخياطة هذا الثوب ولو جمع
بين المدة والعمل كخياطة هذا الثوب في هذا اليوم فالاقرب البطلان ان قصد
التطبيق بين العمل والزمان بحيث يبتدي بابتدائه وينتهي بانتهائه لان
ذلك مما لا يتفق غالبا بل يمكن انتهاء الزمان قبل انتهاء العمل وبالعكس فان امر بالاكمال
في الاول لزم العمل في غير المدة المشروطة والا كان تاركا للعمل الذي وقع
عليه العقد وان امر في الثاني بالعمل الى ان تنتهي المدة لزم الزيادة على ما وقع عليه
العقد وان لم يعمل كان تاركا للعمل في المدة المشروطة ولو قصد مجرد وقوع الفعل
في ذلك الزمان صح مع امكان وقوعه فيه ثم ان وقع فيه ملك الاجرة لحصول
الغرض وان خرجت المدة قبله فان كان قبل الشروع فيه بطل وان خرجت في اثنائه
استحق المسمى لما فعل وفي بطلانه في الباقي او تخير المستاجر بين الفسخ في الباقي
او الاجازة فيكون مخيرا ويستحق المسمى وجهان فيستحق مع الفسخ اجرة المثل

ما عمل للمستأجر وللآخر بشرط أجرة ولا يعمل الأجير الخاص هو الذي يستأجر للعمل بنفسه مدة
معينة حقيقة أو حكماً كما إذا استؤجر لعمل معين أول زمانه اليوم المعين بحيث لا يتوقف فيه عمل
بعده لغير المستأجر إلا بإذنه لاختصاص منفعته به بالنسبة إلى الوقت الذي جرت عادته بالعمل
فيه كالنهار وأما غيره كالليل فيجوز العمل فيه لغيره إذا لم يؤد إلى ضعف في العمل المستأجر عليه
وفي جواز عمله لغيره في المعين عملاً لا ينافي حقه كإيقاع عقد في حال اشتغاله بحقه وجهان
من التصرف في حق الغير وشهادة الحال ومثله عمل مملوك غيره كذلك وباعتبار هذا الاختصاص
سمي خاصاً إذ لم يمكنه أن يشرك غير من استأجره في العمل في الزمان المعهود فإن عمل لغيره
في الوقت المختص فلا يخلو إما أن يكون بعقد إجارة أو جعالة أو تبرعاً فإن كان الأول تخير المستأجر
عليه وإن كان بعقد فسخ الإجارة ولو فسخ المسمى بالنسبة وإن بقي على الإجارة تخير في فسخ
العقد الطارئ وإجازته لأن المنفعة مملوكة لغيره فالعاقد عليها فضولي فإن فسخ رجع إلى
أجرة المثل عن المدة الفائتة لأنها قيمة العمل المستحق له بعقد الإجارة وقد أتلف عليه ويتخير
في الرجوع بها على الأجير لأنه المباشر للإتلاف والمستأجر لأنه المستوفي وإن أجاز ثبت
له المسمى فيه فإن كان قبل قبض الأجير له فالمطالب به المستأجر لأن الأجير هنا بمنزلة فضولي
باع ملك غيره فأجاز المالك فإن له أن يطالب بالثمن وإن كان بعد القبض وكانت الأجرة معينة
فالمطالب بها من هي في يده وإن كانت مطلقة فإن أجاز القبض أيضاً فالمطالب الأجير وإلا فالمستأجر
ثم المستأجر يرجع على الأجير بما قبض مع جهله أو علمه مع بقاء العين وإن كان عمله تبرعاً
تخير مع عدم فسخ إجارته بين إجازته فيأخذ المسمى وعدمه فيرجع بأجرة المثل وإن
تبرع وكان العمل مما له أجرة في العادة تخير مع عدم فسخ عقده بين المطالبة من شاء منهما
بأجرة المثل وإلا فلا شيء ومثله ما لو عمل لنفسه ولو حاز شيئاً من المباحات بنية التملك ملكه
وكان حكم لو ما المصروف في ذلك ما ذكرناه ويجوز للمطلق وهو الذي يستأجر لعمل مجرد
عن المباشرة مع تعيين المدة كتحصيل الخياطة يوماً أو عن المدة مع تعيين المباشرة كأن يخيط
له ثوباً بنفسه من غير تعرض إلى وقت أو مجرد عنهما كخياطة ثوب مجرد عن تعيين الزمان
وسمي مطلقاً لعدم انحصار منفعته في شخص معين فمن ثم جاز له أن يعمل لنفسه وغيره

بذلك

بذلك اولى من تسميته مشتركا كما صنع غيره لانه في مقابلة المقيد وهو الخاص وبيان
هنا الخاص باعتبار انه المثلثة انه الاول مطلق بالنسبة الى المباشرة والثاني بالنسبة الى
المدة والثالث فيهما معا وللمصنف رحمه الله قول بان الاطلاق في كل الاجارات يقتضي
التعجيل وانه يجب المبادرة الى ذلك الفعل فان كان مجردا عن المدة خاص تعين
ولا تخيير بينه وبين غيره فيستفع الثاني بينه وبين عمل آخر في صورة المباشرة
وقد تفرع عليه عدم صحة الاجارة الثانية في صورة التجرد عن المدة مع تعيين المباشرة
كما يمنع الاجير الخاص ويرشد اليه ما تقدم في الحج من عدم صحة الاجارة الثانية
مع اتحاد زمان الايقاع نصا او حكما كما لو اطلق فيهما او عين في احدهما بالسنة الاولى
واطلق في الاخرى وما ذكره احوط لكن لا دليل عليه ان لم نقل باقتضاء مطلق الامر الفور واذا
تسلم المستاجر العين ومضت مدة يمكن فيها الانتفاع بها فيما استاجرها له استقرت
الاجرة وان لم يستعملها وفي حكم التسليم ما لو بذل الموجر العين فلم ياخذها
المستاجر حتى انقضت المدة او مضت مدة يمكن الاستيفاء فتستقر الاجرة ولا بد من
كون المنفعة مباحة فلو استاجره لتعليم كفر او غناء ونحوه من المعلومات
الباطلة او حمل مسكر بطل العقد ويستثنى من حمل المسكر الخمر بقصد الاراقة او
التخليل فان الاجارة لهما جائزة وان يكون مقدورا على تسليمها فلا تصح اجارة
الآبق لاشتمالها على الغرر وان ضم اليه شيئا متمولا امكن الجواز كما يجوز
في البيع لا بالقياس بل لدخولها في الحكم بطريق اولى لاحتمالها من الغرر ما لا
يحتمله وبهذا الامكان افتى المصنف في بعض فوائده ووجه المنع فقد النص المجوز هنا
فيقتصر فيه على مورده وهو البيع ومنع الاولوية ومع الجواز هل يعتبر في الضميمة
امكان افرادها بالاجارة ام بالبيع ام يكفي كل واحد منهما اوجه من حصول المعنى
في كل منهما ومن ان الظاهر ضميمة كل شيء الى جنسه وقوى المصنف الثاني ولو آجره
ممن يقدر على تحصيله صح من غير ضميمة ومثله المغصوب لو آجره الغاصب او من
يتمكن من قبضه ولو طرأ المنع من الانتفاع بالعين الموجرة فيما آجرت له فان كان

المنع قبل القبض فله الفسخ لان العين قبل القبض مضمونة على المؤجر فللمستاجر الفسخ عند
تعذرها ومطالبة المؤجر بالمسمى لفوات المنفعة وله الرضا بها فيطالب ذلك المانع او مطالبة
المانع باجرة المثل لو كان غاصبا بل يحتمل مطالبة المؤجر بها ايضا لكون العين مضمونة
عليه حتى يقبض ولا يسقط التخيير بزوال المانع في اثناء المدة لاصالة بقائه وان كان المنع
بعده اي بعد القبض فان كان تلفا بطلت الاجارة لتعذر تحصيل المنفعة المستاجر
عليها وان كان غصبا لم تبطل لاستقرار العقد بالقبض وبراءة المؤجر والحال ان العين
موجودة يمكن تحصيل المنفعة منها وانما المانع عارض ويرجع المستاجر على الغاصب باجرة مثل
المنفعة الفائتة في يده ولا فرق بين وقوع الغصب في ابتداء المدة وخلالها لظهور عدم
الفرق بين كون الغاصب المؤجر وغيره ولو ظهر في المنفعة عيب فله الفسخ لفوات بعض المال
بسببه فيجبر بالخيار ولان الصبر على العيب ضرر منفي وفي الارش لو اختار البقاء على
الاجارة نظر من وقوع العقد على هذا المجموع وهو باق فاما ان يفسخ او يرضى بالجميع
ومن كون الجزء الفائت او الوصف مقصودا للمستاجر ولم يحصل وهو يستلزم نقص المنفعة
التي هي احد العوضين فيجبر بالارش وهو حسن وطريق معرفته ان ينظر الى اجرة مثل
العين سليمة ومعيبة ويرجع من المسمى بمثل نسبة المعيبة الى الصحيحة وان اختار الفسخ
وكان قبل مضي شيء من المدة فلا شيء عليه والا فعليه من المسمى بنسبة ما مضى الى الجميع
ولو طرأ العيب بعد العقد فكذلك كانهدام المسكن وان كان بعد استيفاء شيء من المنفعة ولا
يمنع من ذلك كون التصرف مسقطا للخيار لان المعتبر منه ما وقع في العوض المعيب الذي
تعلقت به المعاوضة وهو هنا المنفعة وهي تتجدد شيئا فشيئا وما لم يستوفه منها لا
يتحقق فيه التصرف وانما يتخير مع انهدام المسكن اذا امكن الانتفاع به وان كان ذلك
امكن ازالة المانع والا بطلت ولو اعاده المؤجر بسرعة بحيث لا يفوت عليه شيء معتد به
ففي زوال الخيار نظر من زوال المانع وثبوت الخيار بالانهدام فيستصحب وهو
اقوى ويستحب ان يقاطع من يستعمله على الاجرة اولا للامر به في الاخبار وعن الرضا ع
من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعملن اجيرا حتى يعلمه ما اجره وعن الرضا ع

انه ضر

انه ضرب غلمانه حيث استعملوا رجلا بغير مقاطعة وقال انه ما من احد يعمل لك شيئا بغير
مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة اضعاف على اجرته الا ظن انك قد نقصته اجرته
واذا قاطعته ثم اعطيته اجرته حمدك على الوفاء فان زدته حبة عرف ذلك لك ورأى
انك قد زدته وان يوفيه اجرته عقيب فراغه من العمل قال الصادق ع في الحمال
والاجير لا يجف عرقه حتى تعطيه اجرته وعن حنان بن شعيب قال تكارينا لابي
عبد الله ع قوما يعملون في بستان له وكان اجلهم الى العصر فلما فرغوا قال لمعتب
اعطهم اجورهم قبل ان يجف عرقهم ويكره ان يضمن اي يغرم عوض ما تلف بيده بناء
على ضمان الصانع ما تلف بيده او مع قيام البينة على تفريطه او مع نكوله عن اليمين
حيث يتوجه عليه لو قضينا بالنكول الا مع التهمة له بتقصير على وجه يوجب الضمان
ولو تقبل عملا فله تقبيله غيره باقل مما تقبله به على الاقرب للاصل
الجواز وما ورد من الاخبار الدالة على النهي عنه محمول على الكراهة جمعا بينها وبين ما يدل
على الجواز هذا اذا لم يشترط عليه العمل بنفسه والا فلا اشكال في المنع اذا لم يحدث فيه
حدثا وان قل ولو احدث فيه حدثا فلا بحث في الجواز للاتفاق عليه حينئذ ونص الخبر
الجواز فالمشهور اشتراط اذن المالك في تسليم العين للمتقبل لانها مال الغير فلا يصح
تسليمه لغيره بغير اذنه ولتسلطه على الفسخ وجهان وجواز التسليم بغير اذنه مطلقا
خصوصا اذا كان المتقبل ثقة ولو استاجر عينا فله اجارتها باكثر مما استاجرها به
للاصل وعموم الامر بالوفاء بالعقود وقيل بالمنع الا ان يكون اجارتها بغير جنس الاجرة
او يحدث فيها صفة كما لا يستاجر استنادا الى روايتين ظاهرتين في الكراهة وهذا الى لزوم الربا
وهو ضعيف اذ لا معاوضة على الجنس الواحد ولو فرط في العين المستاجرة
ضمن قيمتها يوم التفريط لانه يوم تعلقها بذمته كالغاصب يضمن القيمة يوم
الغصب هنا قول الاكثر والاقرب ضمان قيمتها يوم التلف لانه يوم الانتقال
الى القيمة لا قبله وان حكم بالضمان لان المفروض بقاء العين فلا ينتقل الى القيمة وموضع
الخلاف ما اذا كان الاختلاف بتفاوت القيمة اما لو كان بسبب نقص في العين

فلا شبهة في ضمانه ولو اختلفا في القيمة حلف الغارم لاصالة عدم الزيادة ولانه
منكر وقيل قول المالك ان كانت دابة وهو ضعيف ومؤنة العبد والدابة
على المالك لا المستاجر لانها تابعة للملك واصالة عدم وجوبها على غير المالك وقيل على
المستاجر في الانفاق ويرجع عليه ولو انفق عليه المستاجر بنية الرجوع على المالك صح
مع تعذر اذن المالك او الحاكم وان لم يشهد على الاقوى ولو اهمل مع غيبة
المالك ضمن لتفريطه الا ان ينهاه المالك ولو استاجر اجيرا لينفذه في حوائجه فنفقته
على المستاجر في المشهور استنادا الى رواية سليمن بن سالم عن الرضا ع ولاستحقاق منافعه
المانع من ثبوت النفقة عليه والاقوى انه كغيره لا يجب نفقته الا مع الشرط وتحمل
الرواية مع سلامة سندها على اشتراطه واستحقاق منافعه لا يمنع من وجوب نفقته في ماله
الذي من جملته الاجرة وحيث يشترط فيه وفي غيره من الحيوان على المستاجر يعتبر بيان
قدرها ووصفها بخلاف ما لو قيل بوجوبها عليه ابتداء فانه يكفي القيام بعادة امثاله
ولا يجوز للمستاجر اسقاط المنفعة المعينة اي الابراء منها سواء كان بلفظ الاسقاط ام
الابراء ام غيرهما من الالفاظ الدالة عليه لانه عبارة عن اسقاط ما في الذمة فلا يتعلق
بالاعيان ولا بالمنافع المتعلقة بها ويجوز اسقاط المنفعة المطلقة المتعلقة
بالذمة وان لم يستحق المطالبة بها وكذا الاجرة يصح اسقاطها ان تعلقت بالذمة
لا ان كانت عينا ولو تسلم اجيرا ليعمل له عملا فتلف لم يضمن صغيرا كان ام كبيرا حرا كان
ام عبدا لانه قبضه لاستيفاء منفعة مستحقة لا يمكن تحصيلها الا باثبات اليد عليه
فكانت امانة في يده ولان الحر لا يدخل تحت اليد وقيده بعدها الا ان يحبسه مع الطلب
بعد انقضاء المدة فيصير بمنزلة المغصوب وسياتي ان شاء الله تعالى ان الحر البالغ لا يضمن
مطلقا وما عليه من الثياب تابع له ولو كان صغيرا او عبدا ضمنه وكلما يتوقف عليه
توفية المنفعة فعلى المؤجر كالقتب والزمام والحزام والسرج او البرذعة ورفع المحمل
والاحمال وشدها وحطها والقائد والسائق ان شرط مصاحبته والمراد في النسخ لتوقف
ايفاء المنفعة الواجبة عليه بالعقد اللازم فيجب من باب المقدمة والاقوى الرجوع فيه

الى العرف فان انتفى او اضطرب فعلى المستاجر لان الواجب على الموجر انما هو العمل لان ذلك هو المفهوم من اجارة العين اما الاعيان فلا تدخل في مفهوم الاجارة على وجه يجب اذهابها لاجلها الا في مواضع نادرة تثبت على خلاف الاصل كالرضاع والاستحمام ومثله الخيوط للخياطة والصبغ للصباغة والكحل للكحال كما يجب على الموجر المفتاح في الدار لانه تابع للغلق المثبت الذي يدخل في الاجارة العقار الثابت واما مفتاح القفل فلا يجب تسليمه كما لا يجب تسليم القفل لانتفاء التبعية عرفا ولو اختلفا في عقد الاجارة حلف المنكر لها سواء كان هو المالك ام غيره لاصالة عدمها ثم ان كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع رجع كل مال الى صاحبه وان كان بعد استيفاء شيء منها او الجميع الذي يزعم من يدعي وقوع الاجارة انه متعلق العقد وكان المنكر المالك فان انكر مع ذلك الاذن في التصرف وحلف استحق اجرة المثل انه متعلق العقد وكان المنكر المالك وان زادت عن المسمى بزعم الآخر ولو كان المتصرف بزعم تعينها في مال مخصوص وكان من جنس النقد الغالب لزم المالك قبضه عن اجرة المثل فان ساواها اخذه وان نقص وجب على المتصرف الاكمال وان زاد صار الباقي مجهول المالك لزعم المتصرف استحقاق المالك له وهو منكر وان كان مغايرا له ولم يرض المالك به وجب عليه الدفع من الغالب ويبقى ذلك بأجمعه مجهولا ويضمن العين بانكار الاذن ولو اعترف به فلا ضمان وان كان المنكر المتصرف وحلف وجب عليه اجرة المثل ان كانت ازيد من المسمى بزعم المالك لم يكن له المطالبة به ان كان دفعه لاعترافه بانه لا يستحق ازيد من المسمى وان زاد المسمى عن اجرة المثل كان للمنكر المطالبة بالزائد ان كان دفعه مسقطا ان لم يكن والعين ليست مضمونة عليه هنا لاعتراف المالك بكونها امانة بالاجارة ولو اختلفا في قدر الشيء المستاجر بفتح الجيم وهو العين المستاجرة بان قال آجرتك البيت بمائة فقال بل الدار اجمع بها حلف النافي للزيادة لاصالة عدم وقوع الاجارة على ما زاد عما اتفقا عليه وقيل يتحالفان وتبطل الاجارة لان كلا منهما مدع ومنكر وفي رد العين حلف المالك لاصالة عدمه والمستاجر قبض لمصلحته

نفسه فلا يقبل قوله فيه مع مخالفته للأصل وفي هلاك المتاع المستأجر عليه حلف الأجير لأنه
أمين ولإمكان صدقه فيه فلو لم يقبل قوله فيه لزم تخليده الحبس ولأنه قد يدعي
تلفه بأمر ظاهر كالغرق أو خفي كالسرق وفي كيفية الإذن في الفعل كالقباء
والقميص بأن قطعه الخياط قباء فقال المالك أمرتك بقطعه قميصا حلف المالك لأنه منكر
لما يدعيه الخياط من التصرف في ماله والأصل عدم ما يدعيه الخياط من الإذن ولقبول
قول المالك في أصل الإذن فكذا في صفته لأن مرجع هذا النزاع إلى الإذن على وجه مخصوص
وقيل يحلف الخياط لدعوى المالك عليه ما يوجب الأرش والأصل عدمه وعلى المختار إذا
حلف المالك ثبت على الخياط أرش الثوب ما بين كونه مقطوعا قميصا وقباء ولا أجرة
له على عمله وليس له فتقه ليرفع ما أحدثه من العمل إن كانت الخيوط للمالك إذ لا عين له
ينتفع بها والعمل ليس بعين وقد صدر عدوانا ظاهرا ولو كانت الخيوط للخياط فالأقوى
أن له نزعها كالمغصوب ووجه المنع استلزامه التصرف في مال الغير ولو طلب المالك أن يشد
في طرف كل خيط منها خيطا ليصير خيطه في موضع خيوط الخياط إذا سلها لم يجب إجابته
لأنه تصرف في مال الغير يتوقف على إذنه كما لا يجب عليه القبول لو بذل له المالك قيمة
الخيوط وفي قدر الأجرة حلف المستأجر لأصالة عدم الزائد وقيل يتحالفان كما لو اختلفا
في قدر الثمن لأن كلا منهما مدع ومنكر وهو ضعيف لاتفاقهما على وقوع العقد
ومقدار العين والمنفعة وإنما يختلفان على القدر الزائد فيدعيه المؤجر فيحلف منكره والله أعلم

كتاب الوكالة بفتح الواو وكسرها وهي استنابة في التصرف بالذات لئلا
ترد الاستنابة في نحو القراض والمزارعة والمساقاة وتخرج بقيد الاستنابة الوصية
بالتصرف فإنها إحداث ولاية لا استنابة وبالتصرف الوديعة فإنها استنابة في
الحفظ خاصة وتفتقر إلى إيجاب وقبول لأنها من جملة العقود وإن كانت جائزة وإيجابها
وكلتك أو استنبتك أو ما شاكله من الألفاظ الدالة على الاستنابة في التصرف وإن لم يكن
على نهج الألفاظ المعتبرة في العقود أو الاستيجاب والإيجاب كقوله وكلني في كذا فيقول
وكلتك أو الأمر بالبيع والشراء كما دل عليه قول النبي لعروة البارقي اشتر لنا شاة

نعم لي كقبلت ورضيت وما اشبهه ويكفي كفعله ما امر بفعله ولا يشترط فيه اي في القبول
الفورية بل يجوز تراخيه عن الايجاب وان طالت المدة فان الغايب يوكل والقبول
متاخر وكانت جائزة وان توكيل الغايب موضع النص والوفاق فلما جعله شاهدا على الجواز
ولا يشترط فيها التنجيز فلو علقت على شرط متوقع كقدوم
المسافر او صفة مترقبة كطلوع الشمس لم يصح نعم يصح التصرف بعد حصول الشرط
او الصفة بالاذن الضمني لان منشاها كون الفاسد بمثل ذلك انما هو العقد
اما الاذن الذي هو مجرد اباحة تصرف فلا كما لو شرط في الوكالة عوضا مجهولا
فقال بع كذا على ان لك العشر من ثمنه فتفسد الوكالة دون الاذن ولان الوكالة
اخص من مطلق الاذن وعدم الاخص اعم من عدم الاعم وان الوكالة ليست امرا
زايدا على الاذن وما يزيد عنه من مثل الجعل امر زايد عليها لصحتها بدونه فلا
يعقل فسادها مع صحته ويصح تعليق التصرف مع تنجيز الوكالة بان يقول وكلتك
في كذا ولا تتصرف الا بعد شهر لانه بمعنى اشتراط امر سايغ زايد على اصلها
الجامع لشرايطها التي من جملتها التنجيز وان كان في معنى التعليق لان العقود المتلقاة
من الشارع منوطة بضوابط فلا تقع بدونها وان افاد فايدتها وهي جائزة من
الطرفين فلكل منهما ابطالها في حضور الاخر وغيبته لكن ان عزل الوكيل نفسه
بطلت مطلقا وان عزله الموكل اشترط علمه بالعزل فلا ينعزل بدونه في اصح الاقوال
والمراد بالعلم هنا بلوغه الخبر بقول من يقبل خبره وان كان عدلا واحدا لصحيحة
هشام ابن سالم عن الصادق ع ولا عبرة بخبر غيره وان تعدد ما لم يحصل به العلم
او الظن المتاخم له ولا يكفي في انعزاله الاشهاد من الموكل على عزله على الاقوى
للصحيحة السابقة خلافا للشيخ ره وجماعة وحيث كانت جائزة تبطل بالموت والجنون و
الاغماء من كل واحد منهما سواء طال زمان الاغماء ام قصر وسواء اطبق الجنون
ام كان ادوارا وسواء علم الموكل بعروض المبطل ام لم يعلم وبالحجر على الموكل فيما وكل فيه
بالسفه والفلس لان منعه من مباشرة الفعل يقتضي منعه من التوكيل فيه وفي حكم الحجر

طرؤ الرق على الموكل بان كان حربيا فاسترق ولو كان وكيله صار بمنزلة توكيل عبد
الغير ولا تبطل بالنوم وان تطاول لبقاء اهلية التصرف ما لم يؤد الى الاغماء فتبطل من
حيث الاغماء لا من حيث النوم ومثله السكر الا ان يشترط عدالته كتوكيل الوكيل
وتبطل بفعل الموكل ما تعلقت به الوكالة كما لو وكله في بيع عبد ثم باعه و
فعله ما ينافيها كعتقه واطلاق الوكالة في البيع يقتضي البيع بثمن المثل الا بنقصان
يتسامح بمثله عادة كدرهم في مائة الا مع وجود باذل للزيادة لانه يدمنه فلا يجوز الانقصان
حتى لو باع بخيار لنفسه فوجد في مدة الخيار باذلا للزيادة وجب عليه الفسخ ان
وكله النبي له الا ان يعين له ثمنا فلا يجب تحصيل الزايد وان بذل حالا فلا يجوز
بغير نقد البلد فان اتحد تعين وان تعدد باع بالاغلب فان تساوت النقود باع بالانفع
للموكل فان استوت تخير وكذا التوكيل في الشراء يقتضيه بثمن المثل حالا بنقد البلد
ولو خالف ما اقتضاه الاطلاق او التنصيص فضولي يتوقف بيعه وشراؤه على اجازة المالك
وانما تصح الوكالة فيما لا يتعلق غرض الشارع بايقاعه من مباشر بعينه كالعتق فان غرضه
فيه فك الرقبة سواء احدثه المالك ام غيره والطلاق فان غرضه منه رفع الزوجية
كذلك ومثله النكاح والبيع وغيرهما من العقود والايقاعات لا فيما تعلق غرضه بايقاعه
من مباشر بعينه ويرجع معرفة غرضه في ذلك وعدمه الى النقل ولا قاعدة له لا تنخرم
وقد علم تعلق غرضه بجملة من العبادات لان الغرض منها امتثال المكلف ما امر به
انقياده وتذلله بفعل المأمور ولا يحصل ذلك بدون المباشرة كالطهارة فليس للمكلف
فيها اجمع وان جاز في غسل الاعضاء ومسحها حيث يعجز عن مباشرتها تولية الغير ومثل
هذا لا يعد توكيلا حقيقيا ومن ثم يقع ممن لا يجوز توكيله كالمجنون بل استعانة على
ايصال المطهر الى العضو كيف اتفق والصلاة الواجبة في حال الحياة فلا يستناب فيها مطلقا
وكذا الطواف حيث يجوز استنابة الحي في فعل الواجب وفيها خاصة على بعض الوجوه واحترز
بالواجبة عن المندوبة فتصح الاستنابة فيها في الجملة كصلاة الطواف المندوب وفي الحج المندوب
حيث يصح وصلاة الزيارة وفي جواز الاستنابة في مطلق النوافل وجه بالجواز فقط منقول

غرض الشارع في العبادات ونحوها مما يحتاج الى تفصيل ومستند نقلي ولا بد من كمال المتعاقدين
بالبلوغ والعقل فلا يوكل ولا يتوكل الصبي والمجنون مطلقا ويجوز ان يتصرف الموكل فلا
يوكل المحجور عليه فيما ليس له مباشرته وخص الموكل بجواز كون المحجور في الجملة
وكيلا لغيره فيما حجر عليه فيه من التصرف كالسفيه والمفلس مطلقا والعبد باذن
سيده ويجوز الوكالة في الطلاق للحاضر في المجلس كالغائب على اصح القولين لان
الطلاق قابل للنيابة والا لما صح توكيل الغائب ومنع الشيخ ره من توكيل
الحاضر فيه استنادا الى رواية ضعيفة السند قاصرة الدلالة ولا يجوز للوكيل
ان يوكل الا مع الاذن صريحا او بالتعميم كاصنع ما شئت او فحوى كاتساع
متعلقها بحيث تدل القراين على الموكل الاذن له فيه كالزيادة في اماكن متباعدة
لا تقوم الا بمساعد ومثله عجزه عن مباشرته وان لم يكن متسعا مع علم الموكل
وترفع الوكيل عما وكل فيه عادة فان توكيله حينئذ يدل بفحواه على الاذن له فيه
مع علم الموكل بترفعه عن مثله والا لم يجز لانه مستفاد من القراين ومع جهل
الموكل بحاله ينتفي وحيث اذن له في التوكيل فان صرح له بكونه وكيلا عنه
او عن الموكل لزمه حكم من وكله فينعزل في الاول بانعزاله لانه فرعه وبعزل
كل منهما له وفي الثاني لا ينعزل الا بعزل الموكل او بما ابطل توكيله وان اطلق
ففي كونه وكيلا عنه او عن الموكل او تخير الوكيل في توكيله عن ايهما شاء اوجه وكذا
مع استفادته من الفحوى الا ان كونه هنا وكيلا عن الوكيل اوجه ويستحب ان يكون
الوكيل تام البصيرة فيما وكل فيه ليكون مليا بتحقيق مراد الموكل عارفا باللغة
التي يحاور بها فيما وكل فيه ليحصل الغرض من توكيله وقيل ان ذلك واجب وهو
مناسب لمعنى الشرط بالنسبة الى الاخير ويستحب لذوي المروات وهم اهل الشرف والرفعة
من المروة التوكيل في المنازعات ويكره ان يتولوها بانفسهم لما يتضمن من الامتهان
والوقوع فيما يكره روي ان عليا ع وكل عقيلا في خصومة وقال ان للخصومة
قحما وان الشيطان ليحضرها واني لاكره ان احضرها والقحم بالضم المهلكة والمراد

انها تنعقد بصاحبها الى ما لا يده ولا تبطل الوكالة بارتداد الوكيل من حيث انه
ارتداد وان كانت قد تبطل من جهة اخرى في بعض الموارد لكن بقيد وكيلا على مسلم فانه
في ذلك بحكم الكافر ولا فرق بين الفطري وغيره وان حكم ببطلان تصرفاته لنفسه
ولا يتوكل المسلم للذمي على المسلم على قول الشيخ ره والاقوى الجواز على كل هذا الاصل
ويتوكل الذمي على المسلم لمسلم ولا الذمي قطعا لهما لا سلطنا مه اثبات السبيل للكافر
على المنفي بالاية وباقي الصور جائزة وهي ثمان باضافة الصور الثلاث المتقدمة
الى ما تقدم تفصيلها ان كلا من الموكل والوكيل والموكل عليه اما مسلم او كافر منه
يتشعب الثمان بضرب شعبتي الوكيل في شعبتي الموكل ثم المجتمع في شعبتي الموكل عليه ولا
فرق في الكافر بين الذمي وغيره كما يقتضيه التعليل ولا يتجاوز الوكيل ما حد له في
طرف الزيادة والنقصان الا ان تشهد العادة بدخوله اي دخول ما تجاوز في الاذن
كالزيادة في ثمن ما وكل في بيعه بثمن معين ان لم يكن يعلم منه الغرض في التخصيص
والنقصان في ثمن ما وكل في شرائه بثمن معين لشهادة الحال غالبا بالرضا بذلك فيهما
لكن قد يتخلف بان لا يريد الاشتطاط في البيع او غيره من الاغراض وتثبت الوكالة
بعدلين كما يثبت بهما غيرها من الحقوق المالية وغيرها ولا تقبل فيها شهادة النساء
منفردات لاختصاصهما بما يعسر اطلاع الرجال عليه والوصية كما سلف في بابه ولا
منضمات الى الرجال لاختصاصها بالمال وما في حكمه والوكالة ولاية على التصرف
وان ترتب عليها المال لكنه غير مقصود ولا تثبت بشاهد ويمين لما ذكر الا ان تشتمل
على جهتين كما لو ادعى شخص على اخر وكالة بجعل واقام شاهدا وامرأتين او شاهدا
وحلف معه فالاقوى ثبوت المال لا الوكالة وان تبعضت الشهادة كما لو اقام ذلك
بالسرقة فتثبت المال لا القطع نعم لو كان ذلك قبل العمل لم يثبت شيء ولا يقبل تصديق
الغريم لمدعي الوكالة عليه في اخذ حق منه لغيره لانه تصديق في حق غيره فلو اذا
كان الحق الذي يدعي الوكالة فيه عينا اما لو كان دينا ففي وجوب دفعه اليه بتصديقه
قولان اجودهما ذلك لانه اقرار في حق نفسه خاصة اذ الحق لا يتعين الا بقبض

او وكيله فاذا احضر وانكر بقي دينه في ذمة الغريم فلا ضرر عليه في ذلك واما الزام
الغريم بالدفع لاعترافه بلزومه له وبهذا يظهر الفرق بينه وبين العين لانها حق
محض لغيره ونايبها لا يستدرك ثم نجوز له تسليمها اليه مع تصديقه له اذ لا
منازع له الان ويبقى المالك على حجته فاذا احضر وصدق الوكيل برئ الدافع
ان كذبه فالقول قوله مع يمينه فان كانت العين موجودة اخذها وله مطالبة
من شاء منهما بردها لثبوت ايديهما على ماله وللدافع مطالبة الوكيل باحضارها
ليطالب به دون العكس وان تعذر ردها بتلف ونحوه تخير في الرجوع على من
شاء منهما فان رجع على الوكيل لم يرجع على الغريم مطلقا لاعترافه ببراءته بدفعها
اليه وان رجع على الغريم لم يرجع على الوكيل مع تلفها في يده بغير تفريط لانه
بتصديقه له امين عنه ولا رجوع عليه والوكيل امين لا يضمن الا بالتفريط او التعدي
وهو وفاق ويجب عليه تسليم ما في يده الى الموكل اذا طولب به سواء في ذلك
المال الذي وكل في بيعه وثمنه والمبيع الذي اشتراه وثمنه قبل الشراء وغيرها
ونبه بقوله اذا طولب على انه لا يجب دفعه قبل طلبه بل منعه ومع امكان
الدفع شرعا وعرفا كالوديعة فلو اخر مع الامكان اي امكان الدفع شرعا بان
لا يكون في صلوة واجبة مطلقا ولا مريدا لها مع تضيق وقتها ونحو ذلك من الواجبات
المنافية او عرفا بان لا يكون على حاجة يريد قضاءها ولا في حمام او اكل طعام
ونحوها من الاعذار العرفية ضمن له ان يمتنع من التسليم حتى يشهد على الموكل بقبض
حقه حذرا من انكاره فيضمن له ثانيا او يلزمه اليمين وكذا حكم كل من عليه
حق وان كان وديعة يقبل قوله في ردها لافتقاره الى اليمين فله دفعها بالاشهاد
وان كان صادقا ولا فرق في ذلك بين من يكون له على الحق بينة وغيره لما ذكرنا
من الوجه هذا هو اجود الاقوال في المسئلة وفرق بعضهم بين من يقبل قوله في الرد
وغيره واخرون بين من عليه بقبض الحق بينة وغيره ودفوض باليمين يدفعه
كله خصوصا في بعض الناس فان ضرر الغرامة عليهم اسهل من اليمين و...

وحاصل الفرق ان المصدق في الدين اقر بلزوم المال عليه لمدعي الوكالة وفيه دافع من نفعه اقراره من حيث عدم التعيين وفي العين اقر بلزوم مال لغيره من حيث تعيينه وفيها لا ينفذ اقراره

والوكيل في الوديعة لمال شخص عند آخر لا يجب عليه الاشهاد على المستودع بخلاف

الوكيل في قضاء الدين وتسليم المبيع فليس له ذلك حتى يشهد والفرق ان الوديعة

مبنية على الاخفاء بخلاف غيرها ولو لم يشهد على رد الوديعة ضمن بتفريط اذا لم يكن

الاداء بحضرة الموكل والا انتفى الضمان لان التفريط ح مستند اليه ويجوز للوكيل تولي

طرفي العقد باذن الموكل لانتفاء المانع ح ومغايرة الموجب للقابل يكفي فيها الاعتبار

ولو اطلق له الاذن ففي جواز توليهما لنفسه قول لان منشأهما دخوله في الاطلاق ومن

ظاهر الروايات الدالة على المنع وهو اولى واعلم ان تولية طرفي العقد اعم من كون البيع

او الشراء لنفسه وغيره وموضع الخلاف مع عدم الاذن توليه لنفسه اما لغيره بان يكون وكيلا

لهما فلا اشكال الا على القول بمنع كونه موجبا قابلا وذلك لا يفرق فيه بين اذن الموكل

وعدمه ولو اختلفا في اصل الوكالة حلف المنكر لاصالة عدمها سواء كان منكرها الموكل ام

الوكيل ويظهر فائدة انكار الوكيل فيما لو كانت الوكالة مشروطة في عقد لازم لامر لا يتلافى

في حين النزاع فيدعي الموكل حصولها ليتم له العقد وينكرها الوكيل ليتزلزل ويتسلط على

الفسخ ولو اختلفا في الرد حلف الموكل لاصالة عدمه سواء كانت الوكالة بجعل ام لا وقيل

يحلف الوكيل الا ان يكون بجعل فالموكل اما الاول فلانه امين وقد قبض المال لمصلحة

المالك فكان محسنا محضا كالودعي واما الثاني فلما مر ولانه قبض لمصلحة نفسه كعامل

القراض والمستاجر ويضعف بان الامانة لا تستلزم القبول كما لا يستلزمه في غيره

مع اشتراكهما في الامانة وكون الاحسان والسبيل المنفي مخصوص فان اليمين سبيل ولو

اختلفا في التلف اي تلف المال الذي بيد الوكيل كالعين الموكل في بيعها او شرائها

او الثمن او غيره حلف الوكيل لانه امين وقد يتعذر اقامة البينة على التلف فلو لم

يقبل له وان كان مخالفا للاصل ولا فرق بين دعواه التلف بامر ظاهر وخفي وكذا

يحلف لو اختلفا في التفريط والمراد به ما يشمل التعدي لانه منكر وكذا يحلف لو

اختلفا في القيمة على تقدير ثبوت الضمان لاصالة عدم الزائد ولو زوجه امرأة

بدعوى الوكالة منه فانكر الزوج الوكالة حلف لاصالة عدمها وعلى الوكيل نصف المهر

لرواية عمر بن حنظلة عن الصادق ع ولانه فسخ قبل الدخول فيجب معه نصف المهر كالطلاق
ولها التزويج بغيره لبطلان نكاحه بانكاره الوكالة ويجب على الزوج فيما بينه وبين الله
الطلاق ان كان وكل في التزويج لانها زوجته فامساكها تعريضها للتزويج بمحرم
ويسوق نصف المهر الى الوكيل الذي دفعه له بالطلاق ويلزم الوكيل له بسببه
قيل يبطل العقد ظاهرا ولا غرم على الوكيل لعدم ثبوت عقد حتى يحكم بالمهر او
نصفه ولانه على تقدير ثبوته انما يلزم الزوج لانه عوض البضع والوكيل ليس
بزوج والحديث ضعيف السند ولولا ما كان عنه عدول مع عمل الاكثر بمضمونه
والتعليل بالفسخ فاسد فالقول الاخير قوي نعم لو ضمن الوكيل المهر كله او نصفه
لزمه حسب ما ضمن وانما يجوز للمراة التزويج اذا لم تصدق الوكيل عليها والا لم
يجز لها التزويج قبل الطلاق لانها بزعمها زوجة بخلاف ما اذا لم تكن عالمة بالحال
ولو امتنع من الطلاق حينئذ لم يجبر عليه لانتفاء النكاح ظاهرا وح ففي تسلطها على
الفسخ دفعا للضرر او تسلط الحاكم عليه او على الطلاق او بقائها كك حتى يطلق او يموت
اوجه ولو اوقع الطلاق معلقا على شرط كان كانت زوجتي فهي طالق صح ولم يكن
اقرارا ولا تعليقا مانعا لانه امر يعلم حاله كما في نظايره كقول من يعلم ان اليوم
الجمعة ان كان اليوم الجمعة فقد بعتك كذا او غيره من العقود ولو اختلفا في تصرف
الوكيل بان قال بعت او قبضت او اشتريت حلف الوكيل لانه امين وقادر على
الانشاء والتصرف اليه ومرجع الاختلاف الى فعله وهو اعلم به وقيل يحلف الموكل
لاصالة عدم التصرف وبقاء الملك على مالكه والاقوى الاول ولا فرق بين قوله
في دعوى التصرف بعت وقبضت الثمن وتلف في يدي وغيره لاشتراك الجميع في
المعنى ودعوى التلف امر آخر وكذا الخلاف لو تنازعا في قدر الثمن الذي اشتريت
به السلعة كان قال الوكيل اشتريته بمائة ليمكن صحة البيع فقال الموكل بل بثمانين
فقيل يقدم قول الوكيل لانه امين والاختلاف في فعله وكذا لان الظاهر ان
الشيء انما يباع بقيمته وهو الاقوى وقيل قول الموكل لاصالة براءته من الزائد

ولان في ذلك اثبات حق للبايع عليه فلا يسمع **كتاب الشفعة** هي فعلة من قولك
شفعت كذا بكذا اذا جعلته شفعا به اي زوجا كان الشفيع يجعل نصيبه شفعا بنصيب شريكه
واصلها التقوية والاعانة ومنه الشفاعة والشفيع وشرعا استحقاق الشريك الحصة المبيعة
في شركته ولا يحتاج الى قيد الاتحاد وعدمه مما يعتبر في الاستحقاق لاستلزام الاستحقاق
له وانما يفتقر الى ذكرها في الاحكام ولا يرد النقض في طرده بشراء الشريك حصة شريكه
فانه بعد البيع يصدق استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته اذ ليس في التعريف في ملكه
انها مبيعة لغيره او له وكما يصدق الاستحقاق بالاخذ يصدق بنفس الملك ووجه دفعه
ان الاستحقاق المذكور هنا للشريك المقتضي لكونه شريكا حال شركته والامر في البيع
ليس كذلك لانه حال الشركة غير مستحق وبعد الاستحقاق ليس بشريك اذ المراد بالشريك
هنا الشريك بالفعل لانه المعتبر شرعا لا ما كان فيه شريكا مع ارتفاع الشركة نظرا الى
عدم اشتراط بقاء المعنى المشتق منه في المشتق نعم يمكن وروده ذلك مع تعدد الشركاء اذا
اشترى احدهم نصيب بعضهم مع بقاء الشركة في غير الحصة المبيعة ولو قيد المبيع بكونه
لغير المستحق او علق الاستحقاق بتملك الحصة فقال استحقاق الشريك تملك الحصة المبيع
الى آخره سلم من ذلك لان استحقاق التملك غير استحقاق الملك ولا يثبت لغير الشريك
الواحد على اشهر القولين وصحيح الاخبار يدل عليه وذهب بعض الاصحاب الى ثبوتها
مع الكثرة استنادا الى روايات معارضة باقوى منها وموضعها هو المال الذي
تثبت فيه على تقدير بيعه ما لا ينقل كالارض والشجر تبعا اذا بيع منضما الى مغرسه
لا منفردا ومثله البناء فلو اشترك غرفة بين اثنين دون قرارها فلا شفعة فيها
وان ضمتا الى ارض غيره كالشجر اذا ضم الى غير مغرسه وفي اشتراط امكان قسمته قولان
اجودهما اشتراطه لاصالة عدم ثبوتها في محل النزاع وعليه شواهد من الاخبار
لكن في طريقها ضعف ومن لم يشترط نظر الى عموم الادلة بثبوتها مع ضعف المخصص
وعلى الاول فلا شفعة في الحمام الصغير والعضايد الضيقة والنهر والطريق الضيقين
والرحى حيث لا يمكن قسمة احجارها وبيتها وفي حكمها الضيق قلة النصيب بحيث يتضرر صاحب

من جملة الدفع ان اثبات الحكم للامر معنون بعنوان
يقتضي اجتماع الحكم مع العنوان ولذا ترى اهل العرف
لا يصححون مثل النائم مستيقظ ونحو يقول ان
الشتق او الشريك الذي يقتضي لصدق الشريك مستحق
يدل على اجتماع الاستحقاق مع كونه شريكا حتى عادة
النقض عدم اجتماعهما فلم استشعر انه لما لم
يلزم بقاء المعنى في صدق المشتق فبعد انزاع من
الشريك يصدق ان الشريك مستحق اجيب بان
حكمهما بعدم اجتماع الوصفين ليس بناء على لزوم
بقاء المعنى بل على ان المراد بالشريك الفعلي
لانه المعتبر شرعا فقوله حال شركته خبر لان وقوله
المقتضي صفة للاستحقاق والمعتبر الاشتقاق
الذي ذكر للشريك وانتفى كون المستحق شريكا
يلزم ان يكون زوال الشركة وما يلحقه تدقيقا تعالى
المقتضي لكونه شريكا مما ترى ان اهل العرف
يفهمون هذا المعنى من التعضية فلهذا ذكر ان
قوله الشتقاق الشريك يقتضي لصدق قول المشتق
شريك وهو يدل على اجتماع الوصفين فتدبر
ثم اعلم انه لو جعل في شركته متعلقا بالاستحقاق
بمعنى كون الاستحقاق في زمان الشركة حصل
ما اورده بلا تجشم القول بان المراد الشريك
المعتبر شرعا والبحث الذي اورده اجرائي
والا وجه ان يقال ان تعليق الحكم على الوصف
مشعر بالعلية فيدل على ان الاستحقاق لكونه
شريكا او يجعل في شركته متعلقا بالاستحقاق

القليل بالقسمة ولا يثبت الشفعة في المقسوم بل في غير المقسوم الا مع الشركة في

المجاز وهو الطريق والشرب فانهما في البيع التابع الى المقسوم وهل يشترط قبولهما

القسمة كالاصل اطلاق العبارة يقتضي عدمه وفي الدروس اشتراطه والاقوى

الاكتفاء بقبول المقسوم القسمة نعم لو بيعا منفردين اعتبر قبولهما كالاصل ويشترط

الشفيع على الثمن وبذله للمشتري فلا شفعة للعاجز ولا للممتنع مع قدرته والمماطل

ويرجع في العجز الى اعترافه لا الى حاله لامكان استدانته ولا يجب على المشتري

قبول الرهن والضامن والعوض واسلامه اذا كان المشتري مسلما فلا شفعة لكافر

مط على المسلم ولو ادعى غيبة الثمن اجل ثلثة ايام ولو ملفقة وفي دخول الليالي

وجهان نعم لو كان الاخذ عشية دخلت الليلة تبعا ولا اشكال في دخول الليلتين

المتوسطتين كالاعتكاف ولو ادعى انه في بلد آخر اجل زمانا يسع ذهابه وايابه

وثلثة ما لم يتضرر المشتري لبعد البلد عادة كالعراق من الشام وفي العبارة

ان تضرر المشتري يسقط الامهال ثلثة مط والموجود في كلامه في الدروس

وكلام غيره اعتباره في البلد النائي خاصة وتثبت الشفعة للغايب وان طالت

غيبته فاذا قدم من سفره اخذ ان لم يتمكن من الاخذ في الغيبة بنفسه او وكيله ولا

عبرة بتمكنه من الاشهاد وفي حكمه المريض والمحبوس ظلما او بحق يعجز عنه ولو قدر

عليه ولم يطالب بعد مضي زمان يتمكن من التخلص والمطالبة بطلت وكذا تثبت

للصبي والمجنون والسفيه ويتولى الاخذ لهم الولي مع الغبطة لهم في الاخذ كباقي

التصرفات ولا فرق بين كون الشريك البايع هو الولي وغيره فكما ياخذ لهم بالشفعة

منهم لو باع عنهم ما هو شريكه وكذا ياخذ لاحد المولى عليهم لو باع نصيب الاخر لو كان

شريكه فان ترك في موضع الثبوت فلهم عند الكمال الاخذ الا ان تركه لعدم المصلحة

ولو جهل الحال ففي استحقاقهم الاخذ نظرا الى وجود السبب فيستصحب ام لا التفاتا

الى انه مقيد بالمصلحة ولم يعلم وجهان اوجههما الثاني اما المفلس فتثبت له

ايضا لكن لا يجب على الغرماء تمكينه من الثمن فان بذلوه او رضي المشتري بذمته اخذ

بعلق بالتقص حق الغرماء لا يجب عليه الاخذ لي طلبه منه بطرد ويتحقق الاخذ بالشفعة
بنفس العقد وان كان فيه خيار بناء على انتقال المبيع الى ملك المشتري به بناء على
انقضاء الخيار فان كان الخيار للمشتري او للبايع الفسخ بطلت ولا يمنع الاخذ من الخيار
لاصالة بقائه كالشيخ فيتوقف على انقضائه وعلى المشهور لا يمنع الاخذ من الخيار لاصالة
بقاء الخيار فان اختار المشتري او البايع الفسخ بطلت الشفعة ولا استقرار الاخذ وجعل
بعض الاصحاب الاخذ بعد انقضاء الخيار لعدم استقرار ملكه والظاهر ان ذلك جار لا
بل يجوز قبله وان منع من العين والفائدة تظهر في النماء فيه واحتمل المصنف بطلان
خيار المشتري بالاخذ لانتفاء فائدته اذ الغرض الثمن وقد حصل من الشفيع كالوارث
الرد بالعيب فاخذ الشفيع ويضعف بان الفائدة ليست منحصرة في الثمن فجاز ان يريد
دفع الدرك عنه وليس للشفيع اخذ البعض بل ياخذ الجميع او يدع كيلا يتضرر المشتري
بتبعيض الصفقة ولان حقه في المجموع من حيث هو مجموع كالخيار حتى لو قال اخذت نصفه
مثلا بطلت الشفعة لنا انه المعاوضة حيث تعتبر وياخذ بالثمن الذي وقع عليه
العقد اي بمثله لعدم امكان الاخذ بعينه الا ان يتملكه وليس بلا ثمن ولا يلزمه
غيره من دلالة او وكالة واجرة نقد ووزن وغيرها لانها ليست من الثمن وان
كانت من توابعه ثم ان كان الثمن مثليا فعليه مثله وان كان قيميا فقيمته وقيل لا
شفعة هنا لتعذر الاخذ بالثمن وعملا برواية لا تخ من ضعف وقصور عن الدلالة
فعلى الاول يعتبر قيمته يوم العقد لانه وقت استحقاق الثمن وحيث لا يمكن الاخذ به
يعتبر قيمته ح وقيل اعلى القيم من حينه الى حين دفعها كالغاصب وهو ضعيف و
هي على الفور في اشهر القولين اقتصارا فيما خالف الاصل على محل الوفاق ولما روي انها
كحل العقال ولانها شرعت لدفع الضرر وربما جاء من التراخي على المشتري ضرر
اقوى لانه ان تصرف كان معرضا للنقض وان اهمل انتفت فائدة الملك وقيل
التراخي استصحابا لما ثبت واصالة عدم الفورية وهو مخرج عن الاصل والرواية
عامية نعم روى علي بن مهزيار عن الجواد ع انظاره بالثمن ثلثة ايام وهو يؤذن

بعدم التراخي نظر ولا قايل بالفرق وهذا حسن وعليه العمل فاذا علم واهمل فالمختار
بطلت ويعذر جاهل الفورية كجاهل الشفعة وناسيهما ويقبل دعوى الجهل ممن
يمكن خفي حقه عادة وكذا يعذر بعوض الطلب الي الصبح لو بلغه ليلا والى الطهارة و
الصلوة ولو بالاذان والاقامة والسنن المعهودة وانتظار الجماعة لها والاكل
والشرب والخروج من الحمام بعد قضاء وطره منه وتشييع المسافر وشهود
الجنازة وقضاء حاجة طالبها وعيادة المريض ونحو ذلك لشهادة العرف به الا
ان يكون المشتري حاضرا عنده بحيث لا يمنعه من شغله ولا بد من ثبوت البيع
عنده بشهادة عدلين او الشياع فلا عبرة بخبر الفاسق والمجهول والصبي والمرأة مطلقا
وفي شهادة العدل الواحد وجه واكتفى به المصنف في الدروس مع القرينة نعم لو
صدق المخبر كان كثبوته في حقه وكذا لو علم صدقه بامر خارج ولا تسقط الشفعة
بالفسخ المتعقب للبيع بتقايل او لعيب فسخ بعيبه اما مع التقايل فظاهر لانه لاحق
للعقد والشفعة تثبت به فتتقدم واما العيب فلان استحقاق الفسخ به فرع دخول
المعيب في ملكه اذ لا يعقل رد ما كان ملكا للغير ودخوله في ملكه انما يتحقق
بوقوع العقد صحيحا وفي هذا الوقت تثبت الشفعة فيقترنان وتقدم حق الشفيع
لعموم ادلة الشفعة للشريك واستصحاب الحال ولان فيه جمعا بين الحقين لان
العيب ان كان في الثمن المعين فالبايع يرجع الى قيمة الشقص وان كان في الشقص فالمشتري
يطلب الثمن وهو حاصل له من الشفيع بخلاف ما اذا قدمنا البايع في الاول فانه يقتضي
سقوط حق الشفيع من الشقص عينا وقيمة وكذا لو قدمنا البايع في الاول المشتري
وربما فرق بين اخذ الشفيع قبل الفسخ وبعده لتساويهما في الثبوت فيقدم السابق
في الاخذ ويضعف بما ذكرناه وقيل بتقديم حق المتبايعين لاستناد الفسخ الى العيب
المقارن للعقد والشفعة تثبت بعده فيكون العيب اسبق وفيه نظر لان وجود
العيب غير كاف في السببية بل هو مع العقد كما ان الشركة غير كافية في سببية الشفعة
بل هي مع العقد فهما متساويان من هذا الوجه وان كان جانب العيب ارجح من جهة الاتفاق

لانه موجب لتقديم العمل على ما اختاره المتملك اولى ولو اختار البائع اخذ الارش للثمن
المعيب من المشتري يرجع المشتري به على الشفيع ان كان اخذ بقيمة المعيب او بمعيب مثله
والا فلا ولو ترك البائع الرد والارش معا مع اخذ الشفيع له بقيمة المعيب او مثله فلا
يرجع له بشيء لانه كاسقاط بعض الثمن وكذا لو اختار المشتري اخذ ارش الشقص فلو
الشفيع اخذه الشفيع بما بعد الارش لانه كجزء من الثمن ولو اخذه بعد اخذ الشفيع يرجع الشفيع
ويفهم من تقييد الفسخ بالعيب انه لو كان بغيره بطلت وقد تقدم ذلك في الفسخ بالخيار في
بقي تجدد الفسخ بناء على انه كما لو تلف الثمن المعين قبل القبض ففي بطلانها به قولان حيث انه
يوجب بطلان العقد وآخر بعدمه لان البطلان من حين التلف لا من اصله فلا يزيلها سبق
من استحقاقها وثالث بالفرق بين اخذ الشفيع قبل التلف فيثبت وبعده فتبطل والاوسط اوسط
وكذا لا تسقط الشفعة بالعقود اللاحقة للبيع كما لو باع المشتري الشقص او وهب او وقف
لسبق حق الشفيع على ما تأخر من العقود وبل للشفيع ابطال ذلك كله والاخذ بالبيع الاول
وله ان يجيز البيع ويأخذ بالبيع الثاني لان كلا من البيعين سبب تام في ثبوت الشفعة و
الثاني صحيح وان توقف على اجازة الشفيع فالتعيين الى اختياره وكذا لو تعددت العقود فان
اخذ من الاخير صحت العقود السابقة وان اخذ من الاول بطلت اللاحقة وان اخذ من
المتوسط صح ما قبله وبطل ما بعده ولا فرق في بطلان الهبة لو اختاره الشفيع بين اللازمة
وغيرها ولا بين المعوضة عنه وغيرها فيأخذ الواهب الثمن ويرجع العوض الى باذله و
الشفيع يأخذ من المشتري لا من البائع لانه المالك الآن ودركه اي درك الشقص
لو ظهر مستحقا عليه فيرجع عليه بالثمن وبما اغترمه لو اخذه المالك ولا فرق في ذلك
بين كونه في يد المشتري ويد البائع بان لم يكن اقبضه لكن هنا لا يكلف المشتري
قبضه منه بل يكلف الشفيع الاخذ منه او الترك لان الشقص هو حق الشفيع فحيثما
وجده اخذه ويكون قبضه كقبض المشتري والدرك عليه على التقديرين والشفعة تورث
عن الشفيع كما يورث الخيار وحد القذف والقصاص في اصح القولين لعموم ادلة الارث
وقيل لا يورث استنادا الى روايات ضعيفة السند وعلى المختار فهي كالمال فتقسم بين

على بنته سهامهم على الارث سهم فللن وجه مع الولد الثمن ولو عفى احد الورثة عن نصيبه
لم يسقط لان الحق للجميع فلا يسقط حق واحد بترك غيره فلو عفوا الا واحدا اخذ الجميع او
ترك حذرا من تبعض الصفقة على المشتري فلا يقدح هنا تكثر المستحق وان كانوا شركاء لان
اصل الشركة متحد والاعتبار بالوحدة عند البيع لا الاخذ ويجب تسليم الثمن اولا جبرا
لقهر المشتري بعد الاخذ اي تسليم المبيع لا الاخذ بالشفعة القولي فانه متقدم على تسليم
الثمن مراعاة للقاعدة الا ان يرضى الشفيع بكونه اي الثمن في ذمته فله ان يتسلم المبيع
اولا لان الحق في ذلك للمشتري فاذا اسقطه برضاه ببقاء الثمن في ذمة الشفيع فله
ذلك والمراد بالشفيع هنا المشتري لما ذكرناه اما تجوزا لكونه سببا في اثبات الشفيع
او وقع سهوا ولا يصح الاخذ الا بعد العلم بقدره وجنسه ووصفه لانه معاوضة
يفتقر الى العلم بالعوضين فلو اخذ قبله لغا ولو قال اخذته بمهما كان للغرر ولا تبطل
بذلك شفعته ويفتقر بعد اجتماعه بالمشتري الى السؤال عن كمية الثمن والشقص بعد السلام
والكلام المعتاد ولو انتقل الشقص بهبة او صلح او صداق فلا شفعة لما تقدم في
تعريفها من اختصاصها بالبيع وما ذكر ليس بيعا حتى الصلح بناء على اصالته ولو اشتراه
بثمن كثير ثم عوضه عنه بيسير او ابرأه من الاكثر ولو حيلة على تركها اخذ الشفيع بالجميع
ان شاء لانه الثمن والباقي معاوضة جديدة او اسقاط لما ثبت ومقتضى ذلك ان الثمن
الذي وقع عليه العقد لازم للمشتري مجانا للبايع اخذه وان كان بينهما مواطاة
على ذلك اذ لا يستحق المشتري ان ياخذ من الشفيع الا ما ثبت في ذمته ولا يثبت في ذمته
الا ما يستحق البايع المطالبة به وقال في التحرير لو خالف احدهما ما تواطيا عليه فطالب
صاحبه بما اظهر له لزمه في ظاهر الحكم ويحرم عليه في الباطن لان صاحبه انما رضي
بالعقد للتواطي او ترك الشفيع الاخذ لما يلزمه من الغرم ولو اختلف الشفيع والمشتري
في مقدار الثمن حلف المشتري على المشهور لانه اعرف بالعقد ولانه المالك فلا يزال
ملكه الا بما يدعيه ويشكل مع كون حكم المالك كلية مطردة تقدم قبوله قول المنكر
في كثير خصوصا مع تلف العين وعموم اليمين على من انكر وارد هنا ومن ثم ذهب ابن الجنيد

الى تقديم قول الشفيع لانه منكر والاعتبار للاول بان المشتري لا دعوى له على الشفيع اذ لا يدعي شيا في ذمته ولا تحت يده انما الشفيع يدعي استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الذي يدعيه والمشتري ينكره ولا يلزم من قوله اشتريته بالاكثر ان يكون مدعيا عليه وان كان على خلاف الاصل لانه لا يدعي استحقاقه اياه عليه ولا يطلب تغريمه اياه انما يتم قبل الاخذ بالشفعة اما بعده فالمشتري يدعي الثمن في ذمة الشفيع وياتي فيه جميع ما سبق لا يقال انه لا يؤخذ حتى يتقرر الثمن لما تقدم من اشتراط العلم بقدره فما اما متنازعين لا ياخذ فيتجه الاعتبار لانا نقول المعتبر في اخذه علمه بالقدر بحسب ما عنده لا على وجه يرفع الاختلاف فاذا زعم العلم بقدره جاز له الاخذ ويقع النزاع فيه بعد تملكه الشقص فيكون المشتري هو المدعي ويمكن ايضا ان يتملك الشقص برضى المشتري قبل دفع الثمن ثم يقع النزاع بعده فيصير المشتري مدعيا فتظهر الفايدة لو اقاما بينة فالحكم لبينة الشفيع على المشهور وبينة المشتري على الثاني ولو ادعى ان شريكه اشترى بعده وانه يستحق عليه الشفعة فانكر الشريك الناخر حلف الشريك لانه منكر والاصل عدم الاستحقاق ويكفيه الحلف على نفي الشفعة وان اجاب بنفي التاخر لان الغرض هو الاستحقاق فيكفي اليمين لنفيه وربما كان صادقا في نفي الاستحقاق وان كان التاخر حاصلا لسبب من الاسباب المسقطة للشفعة فلا يكلف الحلف على نفيه ويحتمل لزوم حلفه على نفي التاخر على تقدير الجواب به لانه ما اجاب به الا ويمكنه الحلف عليه وقد تقدم مثله في القضاء لو تداعيا السبق تحالفا لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فاذا تحالفا استقر ملكهما لاندفاع دعوى كل منهما بيمين الاخر ولا شفعة لانتفاء السبق

كتاب السبق والرماية

وهو عقد شرع لفايدة التمرن على مباشرة النضال والاستعداد لممارسة القتال والاصل فيه قوله صلى الله عليه وآله وسلم لا سبق الا في نصل او خف او حافر وقوله صلى الله عليه وآله ان الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخف والريش والنصل وانما ينعقد السبق لسكون البالغين الكاملين بالبلوغ والعقل الخاليين من الحجر لانه يقتضي تصرفا في المال على الخيل والبغال والحمير

لان اصل الكتاب معقود لبيان السبق والرماية ...

وهي داخلة في الحافر لمثبت في الخبر وللابل والفيلة داخلان في الخف وعلى السيف والسهم

والحراب وهي داخلة في النصل ويدخل السهم في الريش على الرواية الثانية اذا اشتمل السهم

عليه بتسمية الشيء باسم جزئه واطلاق السبق على ما يتم الجميع تبعا للنص وتغليبا للاسم ولا

بالمصارعة والسفن والطيور والعدو ورفع الاحجار ورميها ونحو ذلك لدلالة الحديث

السابق على نفي المشروعية ما خرج عن الثلثة هنا اذا تضمن السبق بذلك العوض اما لو

تجرد عنه ففي تحريمه نظر من دلالة النص على عدم مشروعيته ان روي السبق بسكون الباء

ليفيد نفي المصدر وان روي بفتحها كما قيل انه الصحيح رواية كان المنفي مشروعية العوض

عليها فيبقى الفعل على اصل الاباحة اذ لم يرد شرعا ما يدل على تحريم هذه الاشياء خصوصا

مع تعلق غرض صحيح بها ولو قيل بعدم ثبوت رواية الفتح لاحتمال الامرين يسقط الاستدلال

ودلالته على المنع نعم لا بد فيها من ايجاب وقبول على الاقرب لعموم قوله تعالى اوفوا با

لعقود فيكون عقدا لازما وظاهر وكل من جعله لازما حكم بافتقاره الى ايجاب وقبول وقيل

هو جعالة لوجود بعض خواصها فيه وهي ان بذل العوض فيه على ما لا يوثق بحصوله وعدم

تعيين العامل فان قوله من سبق فله كذا غير متعين عند العقد ولاصالة عدم اللزوم

وعدم اشتراط القبول والامر بالوفاء بالعقد مشروط بتحققه وهو موضع النزاع

لكن الوفاء به هو العمل بمقتضاه لزوما وجوازا والا لوجب الوفاء بالعقود الجائزة وفيه

نظر لان وجود بعض الخواص لا يقتضي الاتحاد في الحكم مطلقا واصالة عدم اللزوم ارتفعت

بما دل عليه والاصل صدق الوفاء العمل بمقتضاه دائما وخروج العقد الجائز تخصيص للعام

فيبقى حجة في الباقي نعم يبقى الشك في كونه عقدا وتعيين العوض وهو المال الذي يبذل

للسابق منهما قدرا وجنسا ووصفا وظاهر العبارة ككثير انه شرط في صحة العقد وفي التذكرة

انه ليس بشرط وانما يعتبر تعيينه لو شرط فيصح ويجوز كونه منهما معا ومن

احدهما وفائدته ان الباذل ان كان هو السابق احرز ماله وان كان غيره احرزه

ومن بيت المال لانه معد للمصالح وهذا منها لما فيه من البعث على التمرن على العمل المترتب

عليه اقامة نظام الجهاد ومن اجنبي سواء كان الامام او غيره وعلى كل تقدير فيجوز كونه

عينا او دينا حالا او مؤجلا ولا يشترط المحلل وهو الذي يدخل بين المتراهنين بالشرط في عقده

فيسابق معهما من غير عوض يبذله ليعتبر السابق منهما ثم ان سبق اخذ العوض وان سبق

لم يغرم وهو بينهما كالامين وانما لم يشترط للاصل ولتناول ما دل على الجواز للعقد الخالي

منه وعند بعض العامة وبعض اصحابنا هو شرط وبه سمي محللا لتحريم العقد بدونه عندهم

وحيث شرط لم يجري دابته بينهما او الى احد الجانبين مع الاطلاق والى ما شرط مع التعيين

لانهما باخراج السبق متنافران فيدخل بينهما لقطع تنافرهما ويشترط في السبق تقدير

المسافة التي يستبقان فيها ابتداء وغاية لئلا يؤدي الى التنازع ولاختلاف الاغراض في

ذلك اختلافا ظاهرا لان من الخيل ما يكون سريعا في اول عدوه دون اخره فصاحبه يطلب

قصر المسافة ومنها ما هو بالعكس فينعكس الحكم وتقدير الخطر وهو العوض ان شرطاه

او مطلقا وتعيين ما يسابق عليه بالمشاهدة ولا يكفي الاطلاق ولا التعيين بالوصف لاختلاف

الاغراض بذلك كثيرا واحتمال السبق في المعينين بمعنى احتمال كون كل واحد يسبق صاحبه

فلو علم قصور احدهما بطل وان يجعل السبق بفتح الباء وهو العوض لاحدهما وهو السابق منهما لا

او للمحلل ان سبق لا للاخير ولا للمسبوق منهما ومن المحلل ولا جعل القسط الاوفر

للمتاخر او للمصلي ولا قل للسابق لمنافاة ذلك كله للغرض الاقصى من شرعيته وهو الحث

على السبق والتمرن عليه ولا يشترط التساوي في الموقف للاصل وحصول الغرض مع تعيين

المبداء والغاية وقيل يشترط لانتفاء معرفة جودة عدو الفرس وفروسية الفارس

مع عدم التساوي لان عدم السبق قد يكون مستندا اليه فيخل بمقصوده ويتحقق ارسال

احدى الدابتين قبل الاخرى والسابق هو الذي يتقدم على الاخر بالعنق ظاهره اعتبار

التقديم بجميعه وقيل يكفي بعضه وهو حسن ثم ان اتفقا في طول العنق وقصره فالسابق

الاقصر عنقا ببعضه فواضح ولا اعتبار بسبق الطويل باكثر من قدر الزائد ولو سبق

باقل من قدر الزائد فالقصير هو السابق وفي عبارة كثير ان السبق يحصل بالعنق والكتد

معا وهو بفتح الفوقانية اشهر من كسرها مجمع الكتفين بين اصل العنق والظهر وعليه يتفرع

ليقطا منابه لبعض العنق وقد يتفق السبق بالكتد ومحله كالمقصر عنق السابق به او

احد الفرسين عنقه بحيث لم يكن اعتبار به وبالقوائم فالمتقدم بيديه عند الغاية سابق ولما كان
السبق يحصل بهما وبغيرهما ولا دليل على تعيين السبق بالاحد الاربعة ومع الاطلاق
يتجه الاكتفاء باحدها لدلالة العرف عليه ويطلق على السابق المجلي والمصلي هو الذي يحاذي
راسه صلوي السابق وهما العظمان الناتيان عن يمين الذنب وشماله والتالي هو الثالث
والبارع الرابع والمرتاح الخامس والحظي السادس والعاطف السابع والمؤمل مبنيا للفاعل
الثامن واللطيم بفتح اوله وكسر ثانيه التاسع والسكيت بضم السين ففتح الكاف العاشر
والفسكل بكسر الفاء فسكون السين فكسر الكاف او بضمهما كقنفذ الاخير وتظهر الفائدة فيما
لو شرط للمجلي مالا وللمصلي اقل منه وهكذا الى العاشر ويشترط في الرمي معرفة الرشق
بكسر الراء وهو عدد الرمي الذي يتفقان عليه كعشرين وعدد الاصابة كعشرة منها وصفتها
من المارق وهو الذي يخرج من الغرض نافذا ويقع من ورائه والخاسق بالمعجمة والمهملة
وهو الذي يثقب الغرض ويقف فيه والخازق بالمعجمة والزاي وهو ما خدشه ولم يثقبه
وقيل ثقبه ولم يثبت فيه والخاصل بالخاء المعجمة والصاد المهملة وهو يطلق على القارع
وهو ما اصاب الغرض ولم يؤثر فيه وعلى الخازق وعلى الخاسق وقد سميت بها وعلى
المصيب له كيف كان وغيرها من الاوصاف كالخاصر وهو ما اصاب احد جانبيه والخارم
هو الذي يخرم حاشيته والحابي وهو الواقع دونه ثم يحبو اليه ماخوذ من حبو الصبي
ويقال على ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب اليه فاصابه وهو المزدلف والقارع وهو
الذي يصيبه بلا خدش ومقتضى اشتراط تعيين الصفة بطلان العقد بدونه وهو احد
القولين لاختلاف النوع الموجب للغرر وقيل يحمل على اخيرها ما ذكره ومعنا الاخير
وهو الاقوى لانه القدر المشترك بين الجميع فيحمل الاطلاق عليه ولاصالة البراءة من
وجوب التعيين ولان اسم الاصابة واقع على الجميع فيكفي اشتراطه ولا غرر حيث يعلم
من الاطلاق الدلالة على المشترك وقدر المسافة اما بالمشاهدة او بالتقدير كمائة
ذراع لاختلاف الاصابة بالقرب والبعد وقدر الغرض وهو ما يقصد اصابته من قرطاس
او جلد او غيرهما لاختلافه بالسعة والاختلاط الموجب لاختلاف الاصابة والسبق

وهو العوض وتماثل جنس الآلة اي نوعها الخاص كالقوس العربي او المنسوب الى وضع خاص
لاختلاف الرمي باختلافها لا شخصها لعدم الفائدة بعد تعيين النوع ولانه ربما يعرض
مانع من المعين يحوج الى ابداله بل قيل انه لو عينه لم يتعين وجاز الابدال وفسد الشرط
ثم اطلاق الآلة القوس والسهم وغيرهما وقد ذكر جماعة انه لا يشترط تعيين السهم لعدم
الاختلاف الفاحش الموجب لاختلاف الرمي بخلاف القوس ولانه لو لم يعين جنس الآلة انصرف
الى الاغلب عادة لانه جار مجرى التقييد لفظا فان اضطربت فسد العقد للغرر ولا يشترط
تعيين المبادرة وهي اشتراط استحقاق العوض لمن بدر الى اصابة عدد معين من مقدار رشق
معين مع تساويهما في الرشق كخمسة من عشرين ولا المحاطة وهي اشتراط استحقاقه لمن خلص
له الاصابة عدد معلوم بعد مقابلة اصابات احدهما باصابات الآخر وطرح ما اشتركا
فيه ويحمل المطلق على المحاطة لان اشتراط السبق انما يكون لاصابة معينة من اصل العدد
المشترط في العقد وذلك يقتضي اكمال العدد كله لتكون الاصابة المعينة منه والمبادرة قد لا
يفتقر الى الاكمال فانهما اذا اشترطا رشق عشرين واصابة خمسة فرمى كل واحد عشرة فاصاب
احدهما خمسة والآخر اربعة مثلا فقد نضله صاحب الخمسة ولا يجب عليه الاكمال بخلاف
ما لو شرطا المحاطة فانهما يتحاطان اربعة باربعة ويبقى لصاحب الخمسة واحد ويجب الاكمال
لاحتمال اختصاص كل واحد باصابة خمسة فيما يبقى وقيل يحمل على المبادرة لانه المتبادر
من اطلاق السبق لمن اصاب عددا معينا وعدم وجوب الاكمال مشترك بينهما فانه قد
لا يجب الاكمال في المحاطة على بعض الوجوه كما اذا انتفت فائدته للعلم باختصاص المصيب
بالمشروط على كل تقدير بان رمى احدهما في المثال خمسة عشر فاصابها ورماها الآخر فاصاب
خمسة فاذا تحاطا خمسة بخمسة بقي للآخر عشرة وغاية ما يتفق مع الاكمال ان يخطئ صاحب
الخمسة ويصيب الآخر فيبقى له فضل خمسة وهي الشرط وما اختاره المصنف اقوى لانه المتبادر
وما ادعي منه في المبادرة غير متبادر ووجوب الاكمال فيها اغلب فتكثر الفائدة التي
بسببها شرعت المعاملة ولو عينا احدهما كان اولى فاذا تم النضال وهو المراماة وبتمامه
يتحقق الاصابة المشروطة لاحدهما سواء اتم العدد اجمع ام لا ملك الناضل العوض وهو الذي

اغلب

أغلب الأمرين العوض سواء جعلناه لازما كالاجارة ام جعالة اما الاول فلان العوض في الاجارة وان كان يملك بالعقد الا انه هناك لما كان للغالب وهو غير معلوم بل يمكن عدمه اصلا توقف الملك على ظهوره وحينئذ كونه لازما بواسطة يخالف الاجارة في هذا المعنى واما على الجعالة فلان المال انما يملك منها بتمام العمل وجواز الرهن عليه قبل ذلك وضمانه نظرا الى وجود السبب المملك وهو العقد في الرهن واما في الضمان فيشكل بان مجرد السبب غير كاف كيف ويمكن تخلفه بعدم الاصابة فليس بتام وهذا مما يرجح كونه جعالة ولو فضل احدهما صاحبه بشيء فصالحه على ترك الفضل لم يصح لانه مفوت للغرض من المناضلة او يخالف لوضعها ولو ظهر استحقاق العوض المعين في العقد وجب على الباذل مثله او قيمته لانهما اقرب الى ما وقع التراضي عليه من العوض الفاسد كالصداق اذا ظهر فساده ويشكل بان استحقاق العوض المعين يقتضي فساد المعاملة كنظائره وذلك يوجب الرجوع الى اجرة المثل للعوض الآخر نعم لو زادت اجرة المثل عن مثل المعين او قيمته اتجه سقوط الزائد لدخوله على عدمه وهذا هو الاقوى والمراد باجرة المثل هنا ما يبذل لذلك العمل الواقع من المستحق له عادة فان لم تستقر العادة على شيء يرجع الى الصلح وربما قيل بانه اجرة مثل الزمان الذي وقع العمل فيه نظرا الى ان ذلك اجرة مثل الحر لو غصب تلك المدة ولا وجه له

كتاب الجعالة

وهي لغة مال يجعل على فعل وشرعا صيغة ثمرتها تحصيل المنفعة بعوض مع عدم اشتراط العلم فيهما في العمل والعوض كمن رد عبدي فله نصفه مع الجهالة به وبمكانه وبهذا تتميز عن الاجارة على تحصيل منفعة معينة لان التعيين شرط في الاجارة وكذا عوضها اما عدم اشتراط العلم بالعمل هنا فموضع وفاق واما العوض ففيه خلاف يأتي تحقيقه ويجوز على كل عمل محلل مقصود للعقلاء غير واجب على العامل فلا يصح على الاعمال المحرمة كالزنا ولا على ما لا غاية له معتد بها عقلا كنزف ماء البئر والذهاب ليلا الى بعض المواضع الخطرة ونحوهما مما يقصده العابثون نعم لو كان الغرض به التمرن على الشجاعة واضعاف الوهم ونحوه من الاغراض المقصودة للعقلاء صح وكذا لا يصح على الواجب عليه كالصلاة ولا يفتقر الى قبول لفظي بل يكفي فعل مقتضى الاستدعاء به ولا الى مخاطبة

معين فلو قال من رد عبدي او خاط ثوبي بصيغة العموم فله كذا صح او فله مال او شيء
ونحوهما من العوض المجهول صح اذ العلم بالعوض غير شرط في تحقق الجعالة وانما هو شرط في
تشخصه وتعينه فان اراد ذلك التعيين فليذكر جنسه وقدره والا يذكره او ذكره ولم
يعينه ثبت بالرد اجرة المثل ويشكل بان ثبوت اجرة المثل لا يقتضي صحة العقد بل هي ظاهرة
وانما اوجبها الامر بعمل له اجرة عادة كما لو استدعاه ولم يعين عوضا الا ان يقال ان مثل ذلك يعد
ايضا فانها لا تنحصر في لفظ ويرشد اليه انهما حكما بالحكم من غير تعرض للبطلان وفيه ان الجعالة
مستلزمة لجعل شيء فاذا لم يذكره لا يتحقق مفهومها وان ترتب عليها العوض وقيل ان كانت الجهالة
لا تمنع من التسليم لزم بالعمل العوض المعين لا اجرة المثل كمن رد عبدي فله نصفه او ثلثه
فلا باس به وعلى هذا فيصح جعله صبرة مشاهدة مجهولة المقدار وحصة من نماء شجر على عمله وزرع
كذلك ونحوها والفرق بينه وبين الشيء والمال صدقهما على القليل والكثير المفضي الى التنازع و
التجاذب فلم يصح على هذا الوجه بخلاف ما لا يمنع من التسليم فانه امر واحد لا يقبل الاختلاف و
مسماه المتشخص لا يقبل التعدد وقبوله للاختلاف قيمة بالزيادة والنقصان قد قدم عليه العامل
كيف كان ويمكن التبرع به فاذا قدم على العوض الخاص انتفى الغرر لانه معين في حد ذاته و
يشترط في الجاعل الكمال بالبلوغ والعقل وعدم الحجر لانه باذل المال فيعتبر رفع الحجر عنه بخلاف
العامل فانه يستحق الجعل وان كان صبيا مميزا بغير اذن وليه وفي غير المميز والمجنون وجهان
من وقوع العمل المبذول عليه ومن عدم القصد ولو عين الجعالة لواحد ورد غيره فهو متبرع
بالعمل لا شيء له للتبرع ولا للمعين لعدم الفعل ولو شارك المعين فان قصد التبرع عليه فالجميع
للمعين لوقوع الفعل باجمعه له وان لا يقصد التبرع عليه بان اطلق او قصد العمل لنفسه او التبرع
على المالك فالنصف للمعين خاصة لحصوله بفعلين احدهما مجعول له والآخر متبرع فيستحق النصف
بناء على قسمة العوض على الرؤوس والاقوى بسطه على عملهما فيستحق المعين بنسبة عمله قصر
عن النصف ام زاد وهو خيرة المصنف في الدروس ومثله ما لو عمل مع المالك ولا شيء للمتبرع
وتجوز الجعالة من الاجنبي فيلزمه المال دون المالك وان لم يأمره به ولو جعله من مال
المالك بغير اذنه فهو فضولي ويجب عليه اي على الجاعل مع الجعل مع العمل المشروط حيث

يتعين ولا فما ذكر به له وهي جائزة من طرف العامل مطلقا قبل التلبس بالعمل وبعده فله الفسخ
متى شاء ولا يستحق شيئا لما حصل منه من العمل قبل تمامه مطلقا واما الجاعل فجائزة من طرفه
قبل التلبس بالعمل واما بعده فجائزة بالنسبة الى ما بقي من العمل فاذا فسخ فيه انتفى عنه بنسبته
من العوض اما الماضي فعليه اجرته او هو في الحقيقة لا يخرج عن كونها جائزة من قبله مطلقا
فان المراد بالعقد الجائز ما لا يقاع ما يصح فسخه لمن جاز في طرفه ويثبت العوض لاينا
جوازه كما انها بعد تمام العمل واستحقاق الجعل لا يخرجها عن كونها عقدا جائزا فينبغي ان
يقال انها جائزة مطلقا لكن ان كان الفسخ من المالك ثبت للعامل بنسبة ما سبق من العمل الى المسمى
على الاقوى وقيل اجرة مثله وربما اشكل ذلك فيما لو كانت على رد ضالة مثلا ثم فسخ
وقد صار بيده فانه لا يكاد يتحقق للفسخ معنى ح اذ لا يجوز تركها بل يجب تسليمها
الى المالك او من يقوم مقامه فلا يتحقق فائدة للفسخ ح ويمكن دفعه بان فائدة البطلان
عدم سلامة جميع العوض له على هذا التقدير بل يستحق لما سبق بنسبته ويبقى له فيما بعد ذلك
اجرة المثل على ما يعمله الى ان يسلمه المالك وهو حفظه عنده ونحوه اذ لا يجب عليه
رده على المالك بل تمكينه منه ان كان قد علم بوصوله الى يده وان لم يعلم وجب اعلامه
ولو رجع المالك فيها قبل العمل او في اثنائه ولم يعلم العامل برجوعه حتى اكمل
العمل فله كمال الاجرة ولو علم في الاثناء فله بنسبة ما سلف قبل العلم وينبغي ان
يراد بالعلم ما يثبت به ذلك شرعا ليشمل السماع من المالك والشياع المفيد للعلم
وخبر العدلين لا الواحد وان حكم به في عزل الوكالة بنص خاص ولو اوقع المالك
صيغتين للجعالة مختلفتين في مقدار العوض او في بعض اوصافه عمل بالاخيرة اذا سمعهما
العامل لان الجعالة جائزة فالثانية رجوع عن الاولى سواء زادت ام نقصت والا
يسمعهما فالمعتبر ما سمع من الاولى والاخيرة ولو سمع الثانية بعد الشروع في العمل
فله من الاولى بنسبة ما عمل الى الجميع ومن الثانية بنسبة الباقي وانما يستحق الجعل على
الرد بتسليم المردود الى مالكه مع الاطلاق او التصريح بالجعل على ايصاله الى يده فلو
جاء به الى باب منزل المالك فهرب فلا شيء للعامل لعدم اتمامه العمل الذي هو شرط

يلزمه جميع العوض مع انقضاء العقد والجائزة وكذا الوكالة بجعل بعد تمام العمل صح

هكذا ذكره جماعة من الاصحاب منهم المصنف في الدروس وحكى العلامة في التذكرة
في مطلق فسخ المالك في الاثناء يوجب الرجوع
الى اجرة المثل بان فسخ المالك في الاثناء … تناقض نعم حكم في
… الى اجرة المثل في الموضعين لان
الجعالة الثانية بمنزلة فسخ الاولى …
القول باستحقاقه بالنسبة الى المسمى اوجه …
خصوصا لو كانت اجرة المثل ازيد من المسمى
نعم لو قيل بثبوت اقل الامرين من اجرة المثل
والمسمى كان وجيها

الاستحقاق ومثله لو مات قبل وصوله الى يده وان كان بدأ به مع احتمال الاستحقاق هنا لان المانع
من قبل الله تعالى لا من قبل العامل ولو كان الجعل على ايصاله في البلد او الى منزل المالك استحق
الجميع بالامتثال ولا يستحق الاجرة الا ببذل الجاعل اي بعد جعالة او استدعاء كما مر بذل العوض
اما لو ردّ لغيره كان متبرعا لا عوض له مطلقا وكذا لو ردّ من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع او بقصد
يغاير ما بذله المالك جنسا او وصفا او ردّ بنية العوض مطلقا وكان ممن يدخل في عموم الصيغة
او اطلاقها ففي استحقاقه قولان منشاؤهما فعله متعلق الجعل مطابقا لصدوره من المالك على وجه
يشمله وانه عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع وقد وقع باذن الجاعل فقد وجد المقتضي وعدم
المانع ليس الا عدم علمه بصدور الجعل ومثله يثبت في منافيته لعدم الدليل عليه فيعمل المقتضي
عمله ومن انه بالنسبة الى اعتقاده متبرع اذ لا عبرة بقصده من دون جعل المالك فهو فيما
في قوة عدم عمله وفصل ثالث ففرق بين من ردّ كذلك عالما بان العمل بدون الجعل تبرع بان
قصد العامل العوض وبين غيره لان الاول متبرع محضا بخلاف الثاني واستقرب المصنف الاول في
التفصيل [illegible] كلما لم يعين جعلا اما لتركه اصلا بان استدعى الرد مطلقا او لذكره مبهما
كما سلف فاجرة المثل لمن عمل مقتضيا سامعا للصيغة غير متبرع بالعمل الا ان يصرح بالاستدعاء
مجانا فلا شيء فقيل لا اجرة مع اطلاق الاستدعاء لا اجرة الاول نعم لو كان العمل مما لا اجرة له عادة
لقلته فلا شيء للعامل كمن امر غيره بعمل من غير ان يذكر اجرة الا في ردّ الآبق من المصر الذي فيه
مالكه اليه فدينار وفي ردّه من غيره سواء كان من مصر آخر ام لا اربعة دنانير في المشهور ومستنده
ضعيف ولهذا قيل بثبوت اجرة المثل فيه كغيره وكان حسنا والمراد بالدينار على القول به الشرعي وهو
المثقال الذي كانت قيمته عشرة دراهم والبعير كذا اي كالآبق في الحكم المذكور ولا نص عليه
وانما ذكره الشيخان وتبعهما عليه جماعة ويظهر من المفيد ان به رواية لانه قال بذلك ثبتت السنة
وفيما انه على تقدير ثبوت الحكم في الآبق اشكال ويقوى الاشكال لو قصرت قيمتهما عن الدينار
والاربعة وينبغي حينئذ ان يثبت على المالك اقل الامرين من قيمته والمقدر شرعا لان مقتضى الرواية
على الغالب من زيادة قيمته عن ذلك كثيرا ولو بذل جعلا لمن ردّه كان واحدا ام اكثر فردّه
جماعة استحقوه بينهم بالسوية ولو كان العمل غير الرد من الاعمال التي يمكن وقوعها اجمع من

واحد منهم

واحد منهم كله فرد الآبق مع الغرض الصحيح فلكل ما عين ولو جعل لكل من الثلاثة جعلا مغايرا
للآخرين كأن جعل لأحدهما دينارا وللآخر دينارين وللثالث ثلاثة فردوه فلكل ثلث جعله
له ولو رده أحدهم فله ما عين له أجمع ولو رده اثنان منهم فلكل منهما نصف ما عين له ولو لم
يسم لبعضهم جعلا مخصوصا فله ثلث أجرة المثل ولكل واحد من الآخرين ثلث ما عين له
لو رده من لم يسم له وأحدهما فله نصف أجرة مثله وللآخر نصف ما سمي له وهكذا ولو
كانوا أزيد من ثلاثة فبالنسبة أي لو ردوه أجمع فلكل واحد بنسبة عمله إلى المجموع من أجرة
المثل والمسمى ولو اختلفا في أصل الجعالة بأن ادعى العامل الجعل وأنكره المالك وادعى الرد
حلف المالك لأصالة عدم الجعل وكذا يحلف المالك لو اختلفا في تعيين الآبق مع اتفاقهما
على الجعالة بأن قال المالك وإن المردود ليس هو المجعول وادعاه العامل لأصالة براءة
ذمته من المال الذي يدعي العامل استحقاقه ولو اختلفا في السعي بأن قال المالك حصل
(حصل قبل السعي أو بعده)
في يدك قبل الجعل بفتح الجيم وقال الراد بل بعده يحلف المالك أيضا للأصل وهو براءة
من حق الجعالة أو لعدم تقدم الجعل على حصوله في يده وإن كان الأصل أيضا عدم
تقدم وصوله إلى يده على الجعل إلا أنه يتعارض الأصلين لا يثبت في ذمة المالك شيء
ومثله ما لو قال المالك حصل في يدك قبل علمك بالجعل ومن غير سعي وإن كان بعد
صدوره وفي قدر الجعل كله يحلف المالك لأصالة براءته من الزائد ولأن العامل مدع
للزائد والمالك منكر فيثبت للعامل بيمين المالك أقل الأمرين من أجرة المثل ومما
ادعاه لأن الأقل إن كان الأجرة فقد انتفى ما يدعيه العامل بيمين المالك وإن كان ما يدعيه
العامل فلاعترافه بعدم استحقاق الزائد وبراءة ذمة المالك منه والحال أنهما
معترفان بأن عمله بجعل في الجملة وأنه عمل محترم فتثبت له الأجرة إن لم ينقصها
بإنكاره إلا أن يزيد ما ادعاه المالك عن أجرة المثل فيثبت الزيادة لاعترافه باستحقاق
العامل إياها والعامل لا ينكرها وقال الشيخ نجيب الدين ابن نما رحمه الله إذا حلف المالك على
ما ادعاه العامل ثبت ما ادعاه هو لأصالة عدم الزائد واتفاقهما على العقد المشخص بالعوض
المعين وانحصاره في دعواهما فإذا حلف المالك على نفي ما ادعاه العامل ثبت مدعاه لقضية

الاستحقاق ومثله لو مات قبل وصوله إلى يده وإن كان بدأنه مع احتمال الاستحقاق هنا لأن المانع
من قبل الله تعالى لا من قبل العامل ولو كان الجعل على إيصاله في البلد أو إلى منزل المالك استحق
الجميع بالامتثال ولا يستحق الأجرة إلا ببذل الجاعل أي استدعائه الرد سواء كان مع بذل العوض
أم لا فلو رد بغيره كان متبرعا لا عوض له مطلقا وكذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع أو بقصد
يغاير ما بذله المالك جنسا أو وصفا ولو رد بنية العوض مطلقا وكان ممن يدخل في عموم الصيغة
أو إطلاقها ففي استحقاقه نظر من أنه امتثال فعله متعلق الجعل مطابقا لصدوره من المالك على وجه
يشمله وأنه عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع وقد وقع بإذن الجاعل فقد وجد المقتضي
المانع ليس إلا عدم علمه بصدور الجعل ومثله يشك في منافاته لعدم الدليل عليه فيعمل المقتضي
عمله ومن أنه بالنسبة إلى اعتقاده متبرع إذ لا عبرة بقصده من دون جعل المالك فهو بمنزلة
في قوة عدم عمله وفصل ثالث ففرق بين من رد كذلك عالما بأن العمل بدون الجعل تبرع
فقصد العامل العوض وبين غيره لأن الأول متبرع محضا بخلاف الثاني والأقرب المبني الأول وفي
التفصيل قوة ... كلما لم يعين جعلا أو عينه لكنه أصلا بأن استدعى الرد مطلقا أو ذكر مبهما
كما سلف فأجرة المثل لمن عمل مقتضيا سامعا للصيغة غير متبرع بالعمل إلا أن يصرح بالاستدعاء
مجانا فلا شيء ومثله لا أجرة مع إطلاق الاستدعاء بلا أجرة لا الأول نعم لو كان العمل مما لا أجرة له عادة
لقلته فلا شيء للعامل كمن أمر غيره بعمل من غير أن يذكر أجرة إلا في رد الآبق من المصر الذي فيه
مالكه إليه فدينار وفي رده من غيره سواء كان من مصر آخر أم لا أربعة دنانير في المشهور ومستنده
ضعيف ولو قيل بثبوت أجرة المثل فيه كغيره كان حسنا والمراد بالدينار على القول به الشرعي وهو
المثقال الذي كانت قيمته عشرة دراهم والبعير كذا أي كالآبق في الحكم المذكور ولا نص عليه
وإنما ذكره الشيخان وتبعهما عليه جماعة ويظهر من المفيد أن به رواية لأنه قال بذلك ثبتت السنة
وفي إلحاقه على تقدير ثبوت الحكم في الآبق إشكال ويقوى الإشكال لو نقصت قيمتهما عن الدينار
والأربعة وينبغي حينئذ أن يثبت على المالك أقل الأمرين من قيمته والمقدر شرعا مقتضى الرواية
على الغالب من زيادة قيمته عن ذلك كثيرا ولو بذل جعلا لمن رده كان رده واحدا أم أكثر فرده
جماعة استحقوه بينهم بالسوية ولو كان العمل غير الرد من الأعمال التي يمكن وقوعها أجمع من

واحد منهما

حواله

واحد منهم كلا فحذف الواو من غير الفرض الصحيح فلكل ما عيّن ولو جعل لكل من الثلاثة جعلا مغايرا
للآخرين كأن جعل لأحدهما دينارا وللآخر دينارين وللثالث ثلاثة فردوه فلكل ثلث جعله
له ولو ردّه أحدهم فله ما عيّن له أجمع ولو ردّه اثنان فلكل منهما نصف ما عيّن له ولو لم
يسمّ لبعضهم جعلا مخصوصا فله ثلث أجرة المثل ولكل واحد من الآخرين ثلث ما عيّن له
لو ردّه من لم يسمّ له وأحدهما فله نصف أجرة مثله وللآخر نصف ما سمّي له وهكذا ولو
كانوا أزيد من ثلاثة فبالنسبة أي لو ردّوه أجمع فلكل واحد بنسبة عمله إلى المجموع من أجرة
المثل والمسمّى ولو اختلفا في أصل الجعالة بأن ادّعى العامل الجعل وأنكره المالك وادّعى التبرع
حلف المالك لأصالة عدم الجعل وكذا يحلف المالك لو اختلفا في تعيين الآبق مع اتفاقهما
على الجعالة بأن قال المالك إنّ المردود ليس هو المجعول وادّعاه العامل لأصالة براءة
ذمّته من المال الذي يدّعي العامل استحقاقه ولو اختلفا في السعي بأن قال المالك حصل
في يدك قبل الجعل بفتح الجيم وقال الراد بل بعده يحلف المالك أيضا للأصل وهو براءة
من حق الجعالة أو عدم تقدم الجعل على حصوله في يده وإن كان الأصل أيضا عدم
تقدم وصوله إلى يده على الجعل إلا أنه بتعارض الأصلين لا يثبت في ذمة المالك شيء
ومثله ما لو قال المالك حصل في يدك قبل علمك بالجعل ومن غير سعي وإن كان بعد
صدوره وفي قدر الجعل كذلك يحلف المالك لأصالة براءته من الزائد ولأن العامل مدّع
للزائد والمالك منكر فيثبت للعامل بيمين المالك أقل الأمرين من أجرة المثل ومما
ادّعاه لأن الأقل إن كان الأجرة فقد انتفى ما يدعيه العامل بيمين المالك وإن كان ما يدعيه
العامل فلاعترافه بعدم استحقاق الزائد وبراءة ذمة المالك منه والحال أنهما
معترفان بأن عمله بجعل في الجملة وأنه عمل محترم فتثبت له الأجرة إن لم ينتف بعضها
بإنكاره إلا أن يزيد ما ادعاه المالك عن أجرة المثل فتثبت الزيادة لاعترافه باستحقاق
العامل إياها والعامل لا ينكرها وقال الشيخ نجيب الدين ابن نما رحمه الله إذا حلف المالك على
ما ادّعاه العامل ثبت ما ادّعاه هو لأصالة عدم الزائد واتفاقهما على العقد المشخّص بالعوض
المعين وانحصاره في دعواهما فإذا حلف المالك على نفي ما ادّعاه العامل ثبت مدّعاه لغصته
أق

(حاشية: أي حصوله قبل سعيك أو بعده)

(حاشية: الأصلين إذا تعارضا تساقطا ويبقى أصل براءة الذمة)

الحلف وهو قوي كما لو اختلفا في قدره وقيل يتحالفان لان كلاً منهما مدع ومدعى عليه فلا ترجيح لاحدهما فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر ويثبت الاقل كذا قرروه

والتحقيق ان اختلافهما في القدر ان كان مجرداً عن التسمية بان قال العامل اني استحق مائة من جهة الجعل الفلاني فانكر المالك وادعى انه خمسون فالقول قول المالك لانه منكر محض والاصل براءته من الزائد كما تقدم فيما لو انكر اصل الجعل ولا يتوجه اليمين هنا من طرف العامل اصلاً وان قال جعلت لي مائة فقال بل خمسين ففيه الوجهان الماضيان في الاجارة والاقوى تقديم قول المالك ايضاً لاتفاقهما على صدور الفعل بعوض واختلافهما في مقداره خاصة فليس كل منهما مدعياً لما ينفيه الآخر وان كان اختلافهما في جنس المجعول مع اختلافه بالقيمة فادعى المالك جعل شيء لما ينفيه الآخر وان كان اختلافهما في جنس المجعول مع اختلافه بالقيمة فادعى المالك جعل شيء معين يساوي خمسين وادعى العامل جعل غيره مما يساوي مائتين فالتحالف هنا متعين لان كلاً منهما يدعي ما ينكره الآخر الا ان ذلك نشأ من اختلاف الجعل جنساً او وصفاً لا من اختلافه قدراً واذا اوجب اختلاف الجنس في هذا القسم فان جماعة كالمحقق والعلامة شركوا بينه وبين الاختلاف قدراً في الحكم وليس بواضح ويبقى في القول بالتحالف مطلقاً اشكال آخر وهو فيما اذا تساوت الاجرة وما يدعيه المالك او زاد ما يدعيه عنها فانه لا وجه لتحليف العامل بعد حلف المالك على نفي الزائد الذي يدعيه العامل لثبوت ما حكم به من مدعى المالك زائداً عن الاجرة او مساوياً باعترافه فتحليف العامل باليمين ح لا وجه له لاعتراف المالك به وانما يتوجه لو زادت اجرة المثل عما يدعيه المالك فيتوقف اثبات الزائد من الاجرة عما يدعيه على يمين المدعي وهو العامل

كتاب الوصايا وفيه فصول الاول الوصية

مأخوذة من وصى يصي او اوصى يوصي او وصّى يوصّي واصلها الوصل وسمي هذا التصرف وصية لما فيه من وصلة التصرف في حال الحياة به بعد الوفاة او وصلة القربة في تلك الحال بها في الحالة الاخرى وشرعاً تمليك عين او منفعة او تسليط على تصرف بعد الوفاة فالتمليك بمنزلة الجنس يشمل سائر التصرفات المملكة من البيع والوقف والهبة

و في ذكر العين و المنفعة تنبيه على متعلق الوصية و يندرج في العين الموجود منها بالفعل كالشجرة و القوة كالثمرة المتجددة و في المنفعة المؤبدة و المؤقتة و المطلقة و يدخل في التسلط على التصرف الوصاية الى الغير بانفاذ الوصية و الولاية على من للموصي عليه ولاية و يخرج بعدية الموت الهبة و غيرها من التصرفات المنجزة في الحيوة و ينتقض في عكسه بالوصية بالعتق فانه فك ملك و التدبير فانه وصية به عند الاكثر و الوصية بابراء المديون و بوقف المسجد فانه فك ملك ايضا و بالوصية بالمضاربة و المساقاة فانهما و ان افادا ملك العامل الحصة من الربح و الثمرة على تقدير ظهورهما الا ان حقيقتهما ليست كذلك و قد لا يحصل ربح و لا ثمرة فينتفي التمليك و ايجابها اوصيت لفلان بكذا او افعلوا كذا بعد وفاتي هذا القيد يحتاج اليه في الصيغة الثانية خاصة لانها تعم ما بعد الوفاة اما الاولى فمقتضاها كون ذلك بعد الوفاة او لفلان بعد وفاتي و نحو ذلك من الالفاظ الدالة على المعنى المطلوب و القبول الرضا بما دل عليه الايجاب سواء وقع باللفظ ام بالفعل الدال عليه كالاخذ و التصرف و انما يفتقر اليه فيمن يمكن في حقه كالمحصور لا غيره كالفقراء و الفقهاء و بني هاشم و المسجد و القنطرة كما سياتي و استفيد من انحصارها في الايجاب و القبول انها من جملة العقود و من جواز رجوع الموصي ما دام حيا و الموصى له كذلك ما لم يقبل بعد الوفاة كما سياتي انها من العقود الجائزة و قد يلحق باللازم على بعض الوجوه كما يعلم ذلك من الفن و لما كان الغالب عليها حكم الجواز لم يشترط فيها القبول اللفظي و لا مقارنته للايجاب بل يجوز مطلقا سواء تأخر عن الايجاب او قارنه و يمكن ان يريد بتاخره تاخره عن الحيوة و مقارنته للعقد و الاول اوفق بمذهب المص لانه يرى جواز تقديم القبول على الوفاة و الثاني مشروط للمشهور و قد حكي القول فيه على ان الايجاب في الوصية انما يتعلق بما بعد الوفاة لانها تمليك او ما في حكمه بعد الموت فلو قبل قبله لم يطابق القبول الايجاب و لان المتلقي بالوفاة تمام الملك على تقدير القبول و القبض لا احداث سببه فان الايجاب جزء السبب فجاز ان يكون القبول كذلك بالموت يتم او يجعل الموت شرطا لحصول الملك بالعقد كالبيع على بعض الوجوه و هذا اقوى و تعلق الايجاب بالتمليك بعد الموت لا ينافي قبوله قبله لانه قبل له

في الحيوة المتعلقة باحدايهما او الوكالة لانها تسلط على التصرف م

بعله ايضاً و انما يصح القبول على التقديرين ما لم يرد الوصية قبله فان رد لم يؤثر القبول لبطلان

الايجاب برده نعم لو رد في حيوة الموصى جاز القبول بعد وفاته اذ لا اعتبار برده السابق حيث

ان الملك لا يمكن تحققه حال الحيوة والمتأخر لم يقع بعد و هذا بمذهب من يعتبر تأخر القبول

عن الحيوة او فيه اما على تقديره جواز تقديمه في حال الحيوة فينبغي تأثير الرد حالتها ايضا لفوات

احد ركني العقد حال اعتباره بل يمكن الفرق بعدم جواز القبول بعد الرد مطلقاً لابطاله الايجاب

السابق و لم يحصل بعد ذلك ما يقتضيها كما لو رد المتهب الهبة و لو فرق بان المانع

هنا انتفا المقارنة بين القبول والايجاب قلنا مثله في رد الوكيل الوكالة فانه ليس له التصرف

بعد ذلك بالاذن السابق و ان جاز تراخي القبول ففي الدروس نسب الحكم بجواز القبول حينئذ

بعد الوفاة الى المشهور مؤذناً بتمريضه و لعل المشهور مبني على حكم المشهور السابق و ان رد بعد الوفاة

قبل القبول بطلت و ان قبض اتفاقاً اذ لا اثر للقبض من دون القبول و ان رد بعد القبول

لم تبطل و ان لم يقبض على اجود القولين لحصول الملك بالقبول فلا تبطله الرد كرد غيره من

العقود المملكة بعد تحققه فان زوال الملك بعد ثبوته يتوقف على وجود السبب ولم يتحقق

والاصل عدمه و قيل يصح الرد بناء على ان القبض شرط في صحة الملك كالهبة فتبطل

بالرد قبله و يضعف ببطلان القياس و ثبوت حكمها بامر خارج لا يقتضي المشاركة بمجرده و

اصالة عدم الزوال بذلك واستصحاب حكم الملك ثابت و ينتقل حق القبول الى الوارث

لو مات الموصى له قبله سواء مات في حيوة الموصى ام بعدها على المشهور و مستنده رواية تدل

باطلاقها عليه و قيل تبطل الوصية بموته لظاهر صحيحة ابي بصير و محمد بن مسلم عن الصادق

و فصل ثالث فابطلها بموته في حيوته لا بعدها ولا قوي البطلان مع تعلق غرضه بالمورث

والا فلا و هو مختار المصنف في الدروس و يمكن الجمع به بين الاخبار لو وجب ثم ان كان

موته قبل موت الموصى لم تدخل العين في ملكه و ان كان بعده ففي دخولها وجهان مبنيان

على ان القبول هل هو كاشف عن سبق الملك من حين الموت ام ناقل له من حينه ام الملك

يحصل للموصى له بالوفاة متزلزلاً و يستقر بالقبول اوجه ثاني و تظهر الفائدة فيما لو كان

الموصى به ينعتق على الموصى له الميت لو ملكه و تصح الوصية مطلقة غير مقيدة بزمان او

وحق

او وصف مثل ما تقدّم من قوله اوصيت ان يفعل كذا بعد وفاتي او لفلان بعد وفاتي ومقيّد
مثل ان يفعل بعد وفاتي في سنة كذا فيختص بما خصّصه من السنة والسفر ونحوهما فلو مات
في غيرهما او غيره بطلت الوصيّة لاختصاصها بمحلّ القيد فلا وصيّة بدونه ويكفي الاشارة
الدالّة على المراد قطعاً في ايجاب الوصيّة مع تعذّر اللفظ لخرس واعتقال لسان بمرض ونحوه
وكذا يكفي الكتابة كذلك مع القرينة الدالّة على قصد الوصيّة بها لا مطلقاً لانها اعمّ ولا يكفيان
مع الاختيار وان شوهد كاتباً او علم خطّه او عمل الورثة ببعضها خلافاً للشيخ في الاخير
او قال انّه بخطّي وانا عالم به او هذه وصيّتي فاشهدوا عليّ بها ونحو ذلك بل لا بدّ من
تلفّظه به او قراءته عليه واعترافه بعد ذلك لانّ الشهادة مشروطة بالعلم وهو منتفٍ
هنا خلافاً لابن الجنيد حيث اكتفى به مع حفظ الشاهد له عنده والاقوى الاكتفاء بقراءة
الشاهد له مع نفسه مع اعتراف الموصي بمعرفة ما فيه وانه موصٍ به وكذا القول
في المقرّ والوصيّة للجهة العامّة مثل الفقراء والفقهاء وبني هاشم والمساجد والمدارس
لا يحتاج الى القبول لتعذّره ان اريد من الجميع واستلزامه الترجيح من غير مرجّح
ان اريد من البعض ولا يفتقر الى قبول الحاكم او منصوبه وان امكن كالوقف
وربما قيل فيه بذلك ولكن لا قائل به هنا ولعلّ مجال الوصيّة اوسع ومن ثمّ لم يشترط
فيها التنجيز ولا فوريّة القبول ولا صراحة الايجاب ولا وقوعه بالعربيّة
مع القدرة والظاهر انّ القبول كاشف عن سبق الملك للموصى له بالموت لا ناقل له
من حينه اذ لولاه لزم بقاء الملك بعد الموت بغير مالك اذ الميّت لا يملك لخروجه
عن اهليّته كالجمادات وانتقال ماله عنه ولا الوارث لظاهر قوله تعالى من بعد وصيّة
يوصي بها او دين فلو لم ينتقل الى الموصى له لزم خلوّه عن المالك اذ لا يصلح لغيره من
ذوي وجه الثاني انّ القبول معتبر في حصول الملك فهو امّا جزء السبب او شرط
كقبول البيع فيمتنع تقدّم الملك عليه وكونها من جملة العقود يرشد الى انّ القبول
جزء السبب الناقل للملك والآخر الايجاب كما يستفاد من تعريفهم العقود بانّها
الالفاظ الدالّة على نقل الملك كما انّ الملك للعين والعلم بالعوضين شرط فيه

على الوجه المناسب له ... العين في المبيع والمنفعة في الاجارة ونحو ذلك فيكون الموت شرطاً في انتقال الملك

فان اجتمعت الشرايط قبل تمام العقد بان كان مالكا للمبيع تحققت ثمرته وان تخلف بعضها فقد
تحصيل منه بطلانه كالعلم بالعوض وقد يتوقف على ذلك الشرط فاذا حصل تحقق تأثير
السبب التام وهو العقد كاجازة المالك في عقد الفضولي والموت في الوصية فالانتقال حصل
بالعقد لكنه موقوف على الشرط المذكور فاذا تأخر قبول الوصية كان الملك موقوفا على
الشرط وهو الموت حاصلا قبله فلا يتحقق الملك قبل القبول ويشكل بان هذا لا يتم لاقتضائه ان
قبول الوصية لو تقدم على الموت حصل الملك به حصولا متوقفا على الشرط وهو الموت فيكون
الموت كاشفا عن حصوله به بعد القبول كاجازة المالك بعد العقد والقائل بالنقل لا يقول بحصول
الملك قبل الموت مطلقا فيتحقق ان الموت شرط في انتقال الملك بالحقيقة والوصية التمليك بعده كما علم
من تعريفها فان تقدم القبول توقف الملك على الموت وان تأخر عنه فمقتضى حكم العقد عدم
تحققه بدون القبول فيكون تمام الملك موقوفا على الايجاب والقبول والموت وبالجملة
فالقول بالكشف متجه لولا مخالفته ما علم من حكم العقد ويشترط في الموصي الكمال بالبلوغ
والعقل ورفع الحجر وفي وصية من بلغ عشرا قول مشهور بين الاصحاب مستند الى روايات
متظافرة بعضها صحيح الا ان مخالفته لاصول المذهب وسبيل الاحتياط اما المجنون والسكران
ومن جرح نفسه بالمهلك فالوصية من كل منهم باطلة اما الاولان فظاهر لانتفاء العقل ورفع
القلم واما الاخير فمستنده صحيحة ابي ولاد عن الصادق عم فان كان اوصى بوصية بعد ما
احدث في نفسه من جراحة او قتل لعله يموت لم تجز وصيته وعلله هنا العلامة على سفهه
ولانه في حكم الميت فلا يجري عليه الاحكام الجارية على الحي ومن ثم لا يقع عليه الذكاة
لو كان قابلا لها وقيل تصح وصيته مع ثبات عقله كغيره وهو حسن لولا معارضة النص المشهور
واما تعليل العلامة على سفهه ففي واضح واضعف منه كونه في حكم الميت فانه غير مانع
من التصرف مع تيقن رشده وموضع الخلاف ما اذا تعمد الجرح فلو وقع منه سهوا او خطأ
لم يمنع وصيته اجماعا ويشترط في الموصى له الوجود حالة الوصية وصحة التملك فلو اوصى للحمل
اعتبر وجوده حال الوصية بوضعه لدون ستة اشهر منذ حين الوصية فيعلم بذلك كونه موجودا
حال الوصية او باقصى الحمل فما دون اذا لم يكن هناك زوج ولا مولى فان كان احدهما لم يصح لعدم العلم

بوجوده

بوجوده عندها واصالة عدمه لامكان تجدده بعدها وقيام الاحتمال مع عدمهما بامكان الزنا والشبهة مندفع بان الاصل عدم اقدام المسلم على الزنا كغيره من المحرمات وندور الشبهة ويشكل الاول لو كانت كافرة حيث تصح الوصية لحملها وربما قيل على تقدير وجود الفراش باستحقاقه بين الغايتين عملا بالعادة الغالبة من الوضع لاقصاهما وانما افادتهما على كل تقدير فيشترط انفصاله حيا فلو وضعته ميتا بطلت ولو مات بعد انفصاله حيا كانت لوارثه وفي اعتبار قبوله هنا وجه قوي لامكانه منه بخلاف الحمل فيعتبر قبول وليه ثم ان اتحد فهي له وان تعدد قسم الموصى به على العدد بالسوية وان اختلفوا بالذكورية والانوثية ولو اوصى للعبد لم يصح سواء كان قنا ام مدبرا ام ام ولد اجاز مولاه ام لا لان العبد لا يملك بتمليك سيده فبتمليك غيره اولى ولرواية عبد الرحمن بن الحجاج عن احدهما عليهما السلام لا وصية لمملوك فلو كان مكاتبا مشروطا او مطلقا لم يؤد شيئا ففي جواز الوصية له قولان من انه في حكم المملوك حيث لم يتحرر منه شيء ولرواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام ومن انقطاع سلطنة المولى عنه ومن ثم جاز اكتسابه وقبول الوصية نوع منه والمنع اقوى والرواية لا حجة فيها الا ان يكون العبد الموصى له عبده اي عبد الموصي فيصرف الوصية الى عتقه فان ساواه عتق وان نقص عتق بحسابه وان زاد المال عن ثمنه فله الزائد ولا فرق في ذلك بين القن وغيره ولا بين المال المشاع والمعين على الاقوى ويحتمل اختصاصه بالاول لشيوعه في جميع المال وهو من جملته فيكون كعتق جزء منه بخلاف المعين ولا بين ان يبلغ قيمته ضعف الوصية وعدمه وقيل تبطل في الاول استنادا الى رواية ضعيفة وتصح الوصية للمشقص وهو الذي عتق منه شقص بكسر الشين وهو الجزء بالنسبة اي بنسبة ما فيه من الحرية والمراد به مملوك غير السيد اما هو فتصح في الجميع بطريق اولى ولام الولد اي ام ولد الموصي لانها في حياته من جملة مماليكه وانما خصها ليترتب عليها قوله فتعتق من نصيبه اي نصيب ولدها وتاخذ الوصية لصحيحة ابي عبيدة عن الصادق عليه السلام ولان التركة تنتقل من حين الموت الى الوارث فيستقر ملك ولدها على جزء منها فتعتق عليه وتستحق الوصية والوصية للمملوك وان لم يتوقف على القبول ينتقل الى ملك الموصى له بالموت الا

ان تنفيذها يتوقف على معرفة القيمة ووصول التركة الى الوارث بخلاف ملك الوارث وقيل

تعتق من الوصية فان ضاقت فالباقي من نصيب ولدها لتلقي الارث عن الوصية والدين بمقتضى

الاية ولظاهر الرواية والوصية لجماعة يقتضي التسوية بينهم فيما ذكروا كانوا ام اناثا ام

مختلفين وسواء كانت الوصية لاعمامه واخواله ام لغيرهم على الاقوى الا مع التفضيل فيتبع

شرطه سواء جعل المفضل للذكر ام الانثى ولو قال على كتاب الله فللذكر ضعف الانثى

لان ذلك حكم الكتاب في الارث والمتبادر عند هنا ذلك والقرابة من عرف بنسبه عادة لان

المرجع في الاحكام الى العرف حيث لا نص وهو دال على ذلك ولا يكفي مطلقا العلم بالنسب كما

يتفق ذلك في الهاشميين ونحوهم ممن يعرف بنسبه مع بعده الان مع انتفاء القرابة عرفا ولا فرق

بين الوارث وغيره ولا بين الغني والفقير ولا بين الصغير والكبير ولا بين الذكر والانثى

وقيل ينصرف الى انسابه الراجعين الى اخر اب وام له في الاسلام لا مطلق الانساب استنادا

الى قوله صلى الله عليه وسلم قطع الاسلام ارحام الجاهلية فلا يرتقي الى اباء الشرك وان عرفوا

بالنسب وكذا لا يعطى الكافر وان انتسب الى مسلم لقوله تعالى عن ابن نوح انه ليس من

اهلك ودلالتهما على ذلك ممنوعة مع تسليم سند الاول والجيران لمن يلي داره الى اربعين

ذراعا من كل جانب على المشهور والمستند ضعيف وقيل الى اربعين دارا استنادا الى رواية عامية

والاقوى الرجوع فيهم الى العرف ويستوي مالك الدار ومستاجرها ومستعيرها وغاصبها على الاقوى

ولو انتقل منها الى غيرها اعتبرت الثانية ولو غاب لم يخرج عن الحكم ما لم تطل الغيبة بحيث

يخرج عرفا ولو تعددت دور الموصي وتساوت في الاسم عرفا استحق جيران كل واحدة ولو

غلب احدها اختص ولو تعددت دور الجار واختلفت في الحكم اعتبر اطلاق اسم الجار عليه

عرفا كالمتحد ويحتمل اعتبار الاغلب سكنى فيها ومع التساوي اعتبار الاقرب في استحقاق ما كان على

الغاية وجهان احدهما الدخول ومع اعتبار الدور فقيل يقسم على عددها لا عدد سكانها

ثم يقسم حصة كل دار على عدد سكانها ويحتمل القسمة على عدد السكان مطلقا وهو المختار

فالقسمة على الرؤس مطلقا وللموالي اي موالي الموصي واللام عوض عن المضاف اليه يحمل على العتق

بمعنى المعتق والمعتق بالبناء للفاعل على تقدير وجودهما التناول الاسم لهما كالاخوة فلا

المجمع المضاف

وصية

الجمع المضاف يفيد العموم فيما يصلح له إلا مع القرينة الدالة على إرادة أحدهما خاصة
فيختص به بغير إشكال كما أنه لو دلت على إرادتهما معا تناولهما بغير إشكال وكذا لو
لم يكن له موالي إلا من إحدى الجهتين وقيل تبطل مع عدم قرينة تدل على إرادتهما
أو أحدهما لأنه لفظ مشترك وحمله على معنييه مجاز لأنه موضوع لكل منهما على سبيل
البدل والجمع تكرير للواحد فلا يتناول غير صنف واحد والمعنى المجازي لا يصار إليه عند
الإطلاق وبذلك يحصل الفرق بينه وبين الإخوة لأنه لفظ متواطئ لا مشترك لأنه
موضوع لمعنى يقع على المتقرب بالأب وبالأم وبهما وهذا أقوى ولو أوصى للفقراء انصرف
إلى فقراء ملة الموصي لا مطلق الفقراء وإن كان جمعا معرفا مفيدا للعموم والمخصص شاهد
الحال على عدم إرادة فقراء غير ملته ونحلته ويدخل فيهم المساكين إن جعلناهم مساوين
لهم في الحال بأن جعلنا اللفظين بمعنى واحد كما ذهب إليه بعضهم أو أسوأ حالا كما هو الأقوى
وإلا فلا يدخلون لاختلاف المعنى وعدم دلالة دخول الأضعف على دخول الأعلى بخلاف
العكس وذكر جماعة من الأصحاب أن الخلاف في الأسوإ والتساوي إنما هو مع اجتماعهما
كما في آية الزكاة أما مع انفراد أحدهما خاصة فيشمل الآخر إجماعا وكأن المصنف لم يثبت عنده
هذه الدعوى وكذا القول في العكس بأن أوصى للمساكين فإنه يتناول الفقراء على القول
بالتساوي أو كون الفقراء أسوأ حالا وإلا فلا مع أن ما نقلناه عنهم يدخل كل منهما في الآخر
هنا مطلقا **الفصل الثاني في الموصى به** وهو كل مقصود للتملك عادة يقبل النقل عن المالك
من مالكه إلى غيره فلا تصح الوصية بما ليس بمقصود إما لحقارته كفضلة الإنسان أو لقلته كحبة
حنطة أو لكون جنسه لا يقبل الملك كالخمر والخنزير ولا بما لا يقبل النقل كالوقف وأم الولد
ولا يشترط كونه معلوما للموصي ولا للموصى له ولا مقدورا على تسليمه ولا موجودا بالفعل حال الوصية بل
يكفي صلاحيته للوجود عادة في المستقبل فتصح الوصية بالقسط والنصيب وشبهه كالحظ والقليل
والكثير والجزيل ويتخير الوارث في تعيين ما شاء إذا لم يعلم من الموصي إرادة قدر
معين أو أزيد مما عينه الوارث وأما الجزء فالعشر لحسنة أبان بن تغلب عن الباقر ع
متمثلا بالجبال العشرة التي جعل على كل واحد منها جزء من الطيور الأربعة وقيل السبع

عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال أبو جعفر ع الجبال كانت عشرة والطير أربعة

الى بعد تلك ربع وضعفها او نصفه الاعشرها

الاصل عدم استحقاق غير الوارث الزايد عن العشر

الى بطى عن ابي جعفر عم متمثلا بقوله تعم لها سبعة ابواب لكل باب منهم جزء مقسوم والسبع الاول بما فوقه للاصل ولو اضافه الى جزء آخر كالثلث فعشرة لصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عم ويمثل ايضا بالجبال وهي جزء آخر والسهم الثمن لحسنة صفوان عن الرضا عم ومثله روى السكوني عن الصادق عم معللا باية اصناف الزكوة الثمانية وان النبي صم قسمها على ثمانية اسهم ولا يخفى ان هذه التعليلات لا تصلح للعلية وانما ذكرها عليهم السلام على وجه التقريب والتمثيل وقيل السهم العشر استنادا الى رواية ضعيفة وقيل السدس لما روي عن النبي صم انه اعطى الرجل اوصى له بسهم وقيل ان في كلام العرب ان السهم سدس ولم يثبت والشيء السدس ولا نعلم فيه خلافا وقيل انه اجماع وبه نصوص غير معللة وحيث لم يشترط في الموصى به كونه موجودا بالفعل تصح الوصية بما ستحمله الامة والشجرة اما دائما او في وقت مخصوص كالسنة المستقبلة و بالمنفعة كسكنى الدار مدة معينة او دائما ومنفعة العبد كذلك وشبهه وان استوعبت قيمة العين ولا تصح الوصية بما لا يقبل النقل كحق القصاص وحد القذف والشفعة فان الغرض من الاول متعلق الوارث باستيفائه فلا يتم الغرض بنقله الى غيره ومثله حد القذف والتعزير للشتم واما الشفعة فالغرض منها دفع الضرر عن الشريك بالشركة ولا حظ للموصى له في ذلك نعم لو اوصى له بالنقص والخيار مع العلم بعدم الصحة لان الوصية بالمال والخيار تابع ونفعه مقصود وكذا غيرها من الخيار وتصح الوصية باحد الكلاب الاربعة والجرو القابل للتعليم لكونها مالا مقصودا لا بالخنزير وكلب الهراش لانتفاء المالية فيهما ومثله لا يقبل التغير عن الصفة المحرمة مع بقاء المالية ويشترط في الزائد عن الثلث اجازة الوارث والا بطل وتكفي الاجازة حال حيوة الموصي وان لم يكن الوارث مالكا الان لتعلق حقه بالمال والا لم يمنع الموصي من التصرف فيه ولصحيحة منصور بن حازم وحسنة محمد بن مسلم عن الصادق عم وقيل لا يعتبر الا بعده فانه لعدم استحقاق الوارث المال ح وقد عرفت جوابه ولا فرق بين وصية الصحيح والمريض في ذلك لاشتراكهما في الحجر بالنسبة الى ما بعد الوفاة ولو كان التصرف منجزا اتى فا مقتضى في المجيز جواز التصرف فلا عبرة باجازة الصبي والمجنون والسفيه اما المفلس فان كانت اجازته حال الحيوة نفذت اذ لا ملك له ح وانما اجازته تنفيذ لتصرف الموصي

لو كان

لو كان بعد الموت ففي صحتها وجهان مبنيان على ان التركة هل تنتقل الى الوارث بالموت او لا فانها
تنتقل عنه الى الموصى له ام يكون الاجازة على الثاني يحتمل الامرين وان كان النفوذ اوجه
والمعتبر بالتركة بالنظر الى مقدارها ليعتبر ثلثها حين الوفاة لا حين الوصية ولا ما بينهما
لانه وقت تعلق الوصية بالمال فلو قتل فاخذت ديته حسبت الدية من تركته واعتبر
ثلثها التي تعلقها بالوفاة وان لم يكن عند الوصية وهذا انما يتم بغير اشكال لو كانت الوصية
بمقدار معين كمائة دينار مثلا او كانت بجزء من التركة مشاع كالثلث وكانت التركة حين
الوصية ازيد منها حين الوفاة اما لو انعكس اشكل اعتبارها عند الوفاة مع عدم العلم
بارادة الموصي للزيادة المتجددة لاصالة عدم التعلق وشهادة الحال بان الموصي لا يريد
ثلث المتجدد حيث لا يكون تجدده متوقعا غالبا خصوصا مع زيادته كثيرا وينبغي على ما
ذكر اعتبارها بعد الموت ايضا اذ قد يتجدد للميت مال بعد الموت كالدية اذا ثبتت صلحا و
قد يتجدد تلف بعض التركة قبل قبض الوارث فلا يكون محسوبا عليه والاقوى اعتبار
اقل الامرين من حين الوفاة الى حين القبض ولو اوصى بما يقع اسمه على المحرم والمحلل
صرف الى المحلل حملا لتصرف المسلم على الصحيح كالعود وله عود لهو وعيدان قسي وعيدان عصي و
السقف والبنيان والطبل وله طبل لهو وطبل حرب ثم ان اتحد المحلل حمل عليه وان
تعدد تخير الوارث في تعيين ما شاء ولو لم يكن له الا المحرم بطلت الوصية ان لم يمكن
ازالة الوصف المحرم مع بقاء ماليته والا صحت محولا الى المحلل وتخير الوارث في المتواطي
وهو المقول على معنى يشترك فيه كثير كالعبد وفي المشترك وهو المقول على معنيين
فصاعدا بالوضع الاول من حيث هو كذلك كالقوس لان الوصية بالمتواطي وصية بالماهية الصادقة
بكل من الافراد كالعبد لان مدلول اللفظ فيه هو الماهية الكلية وخصوصيات الافراد
غير مقصودة الا تبعا فيتخير الوارث في تعيين اي فرد شاء لوجود متعلق الوصية في جميع
الافراد وكذا المشترك لان متعلق الوصية فيه هو الاسم وهو صادق على ما تحته من المعاني
حقيقة فيحصل البراءة بكل واحد منها وربما احتمل هنا القرعة لانه امر مشكل اذ الموصى
ليس كل واحد لان اللفظ لا يصلح له وانما المراد واحد غير معين فيتوصل اليه بالقرعة

كون الارث كسبا قبل الاجازة وبعدها كاشفة عن سبق ملكه من حين الموت فعلى الاول لا تنفذ لتعلق حق الغرماء بالتركة قبل الاجازة م

وانما يحكم بان الوارثة للمال الميت ...

ويضعف بانفالبيان ما هو معين في نفس الامر مشكل ظاهرا وليس هنا كك فان الابهام حاصل عند الموصي وعندنا في نفس الامر فيتخير الوارث وسياتي في هذا الاشكال بحث وا لجمع يحمل على الثلثة جمع قلة كان كاعبد او كثرة كالعبيد لتطابق اللغة والعرف العام على اشتراك مطلق الجمع في الاطلاق على الثلثة فصاعدا والفرق بحمل جمع الكثرة على ما فوق العشرة اصطلاح خاص لا يستعمله اهل المحاورات العرفية والاستعمالات فلا يحمل اطلاقهم عليه ولا فرق في ذلك بين تعيين الموصي قدرا من المال يصلح لعتق العبيد بما يوافق جمع الكثرة لو اقتصر على الخسيس من ذلك الجنس وعدمه فيتخير بين التفضيل لمطابق لاقل الجمع فصاعدا وشراء الخسيس لزائد المطابق لجمع الكثرة حقيقة

ولو وصى بمنافع العبد دائما وثمرة البستان دائما قومت المنفعة على الموصى له والرقبة على الوارث ان فرض لها قيمة كما يتفق في العبد بصحة عتق الوارث له ولو عن الكفارة وفي البستان بالكسار جذع ونحوه فيستحقه الوارث حطبا وخشبا لانه ليس بثمرة ولو لم يكن للرقبة نفع قومت العين اجمع على الموصى له وحط يفرض وجهها من الثلث حيث يعتبر منه يستفاد ومن ذلك تقوم العين بمنافعها ثم يقوم مسلوبة المنافع الموصى بها فالتفاوت هو الموصى به فان لم يكن تفاوت فالمخرج من الثلث جميع القيمة ومنه يعلم حكم ما لو كانت المنفعة مخصوصة بوقت

ولو وصى لعتق مملوكه وعليه دين قدم الدين من اصل المال الذي من جملته المملوك وعتق من الفاضل عن الدين من جميع التركة ثلثه ان لم يزد على المملوك فلو لم يملك سواه بطل منه فيما قابل الدين وعتق ثلث الفاضل ان لم يجز الوارث ولا فرق بين كون قيمة العبد ضعف الدين واقل على اصح القولين وقيل تبطل الوصية مع نقصان قيمته عن ضعف الدين ولو نجز عتقه في مرضه فان كانت قيمته ضعف الدين صح العتق فيما جمع وسعى في قيمة نصفه للديان وفي ثلثه الذي هو ثلثا النصف الباقي عن الدين للوارث لان النصف الباقي هو مجموع التركة بعد الدين فيعتق ثلثه ويكون ثلثاه للورثة وهو ثلث مجموعه وهذا مما لا خلاف فيه انما الخلاف فيما لو نقصت قيمته عن ضعف الدين فقد ذهب الشيخ وجماعة الى بطلان العتق استنادا الى صحيحة عبد الرحمن ابن الحجاج عن الصادق ع ويفهم من المصنف الميل اليه حيث شرط في صحة العتق كونه قيمته ضعف الدين الا انه لم يصرح بالشق الاخر ولا نفى

وفايدة العتق وان كان منافعه لغيره رفع الحجر في اموال ومراثه والعتق في اولاده وامثال ذلك

انه لا يرد

انه كالاول فيعتق منه بمقدار ثلث ما بقي من قيمته بعد خروج ما ضلاعن الدين الا انه لم يتصح بالتثق
الاخر ويسعى للديان بمقدار دينهم وللورثة بضعف ما عتق منه مطم فاذا اداه عتق اجمع
مالك واية المذكورة مع مخالفتها للاصول معارضة بما يدل على المطم وهو حسنة الحلبي عنه عم
ولو اوصى بعتق ثلث عبيده او عدد مبهم منهم كثلثة استخرج الثلث او العدد بالقرعة لصلاحيته
الحكم لكل واحد فالقرعة طريق التعيين لانها لكل امر مشكل ولان العتق حق للمعتق
ولا ترجيح لبعضهم لانتفاء التعيين فوجب استخراجه بالقرعة وقيل يتخير الوارث في الثاني
لان متعلق الوصية متواطئ فيتخير في تعيينه الوارث كما سبق ولان المتبادر من اللفظ هو
الاكتفاء بعتق اي عدد كان من الجميع فيحمل عليه وهو قوي وفي الفرق بينه وبين الثلث نظر
ولو اوصى باموره متعددة فان كان فيها واجب قدم على غيره وان تاخرت الوصية به سواء كان
الواجب ماليا ام غيره وبدء بعده بالاول منها فالاول حتى يستوفي الثلث ويبطل الباقي ان لم
يجز الوارث والمراد بالاول الذي قدمه الموصي في الذكر ولم يعقبه بما ينافيه سواء عطف
عليه التالي بثم او بالفاء او بالواو او قطعه عنه بان قال اعطوا فلانا مائة اعطوا فلانا خمسين
ولو رتب ثم قال ابدءوا بالاخير او بغيره اتبع لفظه الاخير ولو لم يرتب بان ذكر الجميع
دفعة فقال اعطوا فلانا وفلانا مائة او رتب باللفظ ثم نص على عدم التقديم بسط الثلث
على الجميع وبطل من كل وصية بحسابها ولو علم الترتيب واشتبه الاول اقرع ولو اشتبه
الترتيب وعدمه فظاهرهم اطلاق التقديم بالقرعة كالاول ويشكل باحتمال كون الواقع
عدمه وهي لاخراج المشكل ولم يحصل بتقديم الاخراج على الترتيب بعدمه لاحتمال ان
يكون غير مرتب فتقديم كل واحد ظلم ولو جامع الوصايا ما يخرج من الثلث قدم عليها
مطم واكمل الثلث منها كما ذكر ولو اجاز الورثة ما زاد على الثلث فادعوا بعد الاجازة
ظن القلة اي قلة الموصى به فانه ظهر انه يزيد مما ظنوه فان كان الايصاء بعين لم يقبل
منهم لان الاجازة وقعت على معلوم لهم فلا تسمع دعواهم انهم ظنوا زيادة على الثلث
بيسير مثلا فظهر انه ازيد او ظنوا ان المال كثير لاصالة عدم الزيادة في المال فلا تنفى عنهم
الظن خلافه وان كان الايصاء بجزء شايع في التركة كالنصف قبل قولهم مع اليمين

قال في الاول الاشبع عدم

مع اليمين لجواز بنائهم على اصالة عدم زيادة المال فظهر خلافه عكس الاول وقيل يقبل

قولهم في الموضعين لان الاجازة في الاول وان وقعت على معلوم الا ان كونه بمقدار جزء

مخصوص من المال كالنصف لا يعلم الا بعد العلم بمقدار التركة ولانه كما احتمل ظنهم قلة

النصف في نفسه ويحتمل ظنهم قلة المعين بالاضافة الى مجموع التركة ظنا منهم زيادتها

واصالة عدم علمهم بالزيادة كما في قبول قولهم معه في الاول لامكان صدق دعواهم وتعذر اقامة

البينة عليها ولان الاصل عدم العلم بمقدار التركة على التقديرين وهو يقتضي جهالة قدر

المعين من التركة كالمشاع ولو ادعوا ظنهم انه لا دين على الميت فظهر لم يسمع لان الاصل عدمه

وهذا القول متجه وحيث يحلفون على مدعاهم يعطى الموصى له من الوصية ثلث المجموع وما ادعوا

ظنه من الزائد ويدخل في الوصية بالسيف جفنه بفتح اوله وهو غمده بكسره وكذا يدخل حليته

لشمول اسمه لها عرفا وان اختص لغة بالنصل ولرواية ابي جميل بدخولها شاهد العرف بالقيد في

انما به الموصوف فيه وكذا غيرها من الاحوال المظروفة بالسفينة متاعها الموضوع فيها

الاكثر ومستنده رواية ابي جميل عن الرضا ع وفيها ما لم يصح سنده والعرف قد يقضي بخلافه

في كثير من الموارد وحقيقة الموصى به مخالفة للمظروف فعدم الدخول اقوى الا ان يدل

قرينة حالية او مقالية على دخول الجميع او بعضه فيثبت ما دلت عليه خاصة والمصنف اختار

الدخول الا مع القرينة فلم يعمل بمدلول الرواية مطلقا فكان تقييد الدخول بالقرينة اولى

ويمكن حمل الرواية عليه ولو عقب الوصية بمضادها بان اوصى بعين مخصوصة لزيد ثم

اوصى بها لعمرو عمل بالاخيرة لانها ناقضة للاولى والوصية جائزة من قبله فتبطل الاولى

ولو اوصى بعتق رقبة مؤمنة وجب تحصيل الوصف بحسب الامكان فان لم يجد اعتق من لا

يعرف بنصب على المشهور ومستنده رواية علي بن ابي حمزة عن ابي الحسن ع والمستند ضعيف فالاقوى

عدم الاجزاء بل يتوقع المكنة وفاقا لابن ادريس ولو ظنها مؤمنة على وجه يجوز التعويل

عليه باخبارها او اخبار من يعتد به فاعتقها كفى وان ظهر خلافه لاتيانه بالمأمور به على الوجه

المأمور فيخرج عن العهدة اذ لا يعتبر في ذلك اليقين بل ما ذكر من وجوه الظن ولو اوصى

بعتق رقبة بثمن معين وجب تحصيلها به مع الامكان ولو تعذر الا باقل اشترى وعتق

ودفع الى

وصية

ويدفع اليه ما يفضل من المال المعين على المشهور بين الاصحاب وربما قيل انه اجماع ومستنده رواية
سماعة عن الصادق عليه السلام ولو لم يجهل الا بان يدفع تعذر المكنة فان يئس من احد الامرين فوجوب شراء بعض رقبة فان تعذر صرف في وجوه البر او بطلان الوصية ابتداء او مع تعذر
بعض الرقبة اوجه اوجهها الاول ويقوى لو كان التعذر طارئا بعد نفوذ الوصية او
على الموت لخروج القدر عن ملك الورثة فلا يعود اليهم

الفصل الثالث في الموصى له

تصح الوصية للذمي وان كان اجنبيا للاصل وللآية والرواية بخلاف الحربي وان كان رحما
لآية النهي عن الموادة المنهي عنها لهم لمنع الاستلزام بل لان صحة الوصية تقتضي ثبوت اثرها
الذي من جملته وجوب الوفاء بها وثبوت العقاب على تبديلها ومنعها وصحتها تقتضي كونها
مالا للحربي وماله في المسلم في الحقيقة فلا يجب دفعه اليه وهو ينافي صحتها بهذا المعنى
بخلاف الذمي وهذا المعنى من الطرفين يشترك فيه الرحم وغيره ويمكن ان يمنع منافاة
بان منع الحربي منها من حيث انه ماله غير مناف لكونها الوصية من حيث انها وصية بل تبعه
من تلك الحيثية مترتب على صحة الوصية وعدم تبديلها وفي المسألة اقوال اخر
كالمرتد عطف على الحربي فلا تصح الوصية له لانه بحكم الكافر الحربي من ... دونه و
يشكل بما مر نعم يتم ذلك في الفطري بناء على انه لا يملك الكسب المتجدد اما الملي والمراة
مطلقا فلا مانع من صحة الوصية له وهو خيرة المصنف في الدروس ولو اوصى في سبيل الله
فلكل قربة لان السبيل هو الطريق والمراد هنا ما كان طريقا الى ثوابه فيتناول كل قربة
جريا له على عمومه وقيل يختص الغزاة ولو قال اعطوا فلانا كذا ولم يبين ما يصنع به دفع
اليه يصنع به ما شاء لان الوصية بمنزلة التمليك فتقتضي تسلط الموصى له تسلط المالك
ولو عين له المصرف تعين ويستحب الوصية لذي القرابة وارثا كان او غيره لقوله تعالى
كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين ولان
فيه صلة للرحم واقل مراتبه الاستحباب ولو اوصى للاقرب اي اقرب الناس اليه
نسبا نزل على مراتب الارث لان كل مرتبة اقرب الى الميت من التي بعدها لكن يتساوى المستحق
هنا لاستواء نسبتهم الى سبب الاستحقاق وهو الوصية والاصل عدم التفاضل فالذكر

مثل الانثى وللمتقرب بالاب مثل المتقرب بالام ولا يتقدم ابن العم من الابوين على العم
للاب وان قدم في الميراث ويتساوى الاخ من الام والاخ من الابوين وفي تقدم الاخ من
الابوين على الاخ من الاب وجه قوي لان تقدمه عليه في الميراث يقتضي كونه اقرب شرعا
والرجوع الى ما ثبت للوارث يرشد اليه ولا يتأتى مثله في ابن العم للابوين لاعترافهم بان العم
اقرب منه ولهذا جعلوه مستثنى بالاجماع ويحتمل تقديمه هنا لكونه اولى بالميراث ولو اوصى
بمثل نصيب ابنه فالنصف ان كان له ابن واحد والثلث ان كان له ابنان وعلى هذا والضابط
انه يجعل كاحد الوراث ويزاد في عددهم ولا فرق بين ان يوصي له بمثل نصيب معين
وغيره ثم ان زاد نصيبه على الثلث توقف الزائد منه على الاجازة فلو كان له ابن وبنت و
اوصى لاجنبي بمثل نصيب البنت فللموصى له ربع التركة وان اوصى له بمثل نصيب الابن فقد
اوصى له بخمسي التركة فيتوقف الزائد عن الثلث وهو ثلث خمس على اجازتهما فان اجازا
فالمسألة من خمسة لان الموصى له بمنزلة ابن اخر وسهام الابنين مع البنت خمسة وان
ردا فمن تسعة لان للموصى له ثلث التركة وما بقي لهما اثلاثا فيضرب ثلاثة في ثلاثة
وان اجاز احدهما ورد الآخر ضربت مسألة الاجازة في مسألة الرد فمن اجاز ضربت
نصيبه من مسألة الاجازة في مسألة الرد ومن رد ضربت نصيبه من مسألة الرد في مسألة
الاجازة فلها مع اجازتها تسعة من خمسة واربعين وله عشرون وللموصى له ستة
عشر هي ثلث الفريضة وثلث الباقي من النصف على تقدير الاجازة وله مع اجازته
ثمانية عشر ولها عشرة وللموصى له سبعة عشر وعلى هذا القياس ولو قال اعطوه مثل سهم
احدهم ونحوه اعطي مثل سهم الاقل لصدق السهم به واصالة البراءة من الزائد فلو
ترك ابنا وبنتا فله الربع ولو ترك ابنا واربع زوجات فله سهم من ثلاثة وثلثين
ولو اوصى بضعف نصيب ولده فمثلاه على المشهور بين الفقهاء واهل اللغة وقيل مثله وهو قول
بعض اهل اللغة والاصح الاول وبضعفيه ثلاثة امثاله لان ضعف الشيء ضم مثله
اليه فاذا قال ضعفيه فكأنه ضم مثليه اليه وقيل اربعة امثاله لان الضعف مثلان
كما سبق فاذا ثني كان اربعة ومثله القول في ضعف الضعف ولو اوصى بثلثه للفقراء

في ثمانية فيبلغ اثنين وثلثين وتضاف اليها سهم الموصى له
لان له مثل سهم احدهن لكون ثمن ذلك اربعة ...

جاز تفرق

جاز صرف كل ثلث الى فقراء بلد المال الذي هو فيه وهو الافضل ليسلم من خطر النقل وفي

حكمه احتسابه على غائب نقبض وكيله في البلد ولو صرف الجميع في فقراء بلد الموصي او غيره جاز

لحصول الغرض من الوصية وهو صرفه الى الفقراء واستشكل المصنف جواز ذلك في بعض الصور

بانه ان نقل المال من البلاد المتفرقة الى بلد الاخراج كان تغريرا في المال وتاخيرا للاخراج

مع القدرة وان اخرج قدر الثلث من بعض الاموال فقيه خروج عن الوصية اذ مقتضاها

الاشاعة والاوسط منها صحيحة فان تاخير اخراج الوصية مع القدرة عليه غير جائز الا ان

يفرض عدم وجوبه اما بعدم المستحق في ذلك الوقت الذي نقل او تعيين الموصي الاخراج

في وقت موقوف بحيث يمكن نقله الى تلك البلد قبل حضوره ونحو ذلك وينبغي جوازه ايضا

لغرض صحيح لكثرة الصلحاء وشدة الفقراء ووجود من يرجع اليه في احكام ذلك كما يجوز

نقل الزكاة للغرض واما التغرير فهو لازم في جميع افراد النقل واما اخراج الثلث من بعض الاموال

فالظاهر انه لا مانع منه اذ ليس الغرض الاخراج من جميع اعيان التركة بل المراد اخراج ثلثها

بالقيمة الا ان يتعلق غرض الموصي بذلك او يتفاوت فيه مصلحة الفقراء والمعتبر فقراء

الموجودين في البلد ولا يجب تتبع الغائب ويجب الدفع الى ثلثة فصاعدا لا في كل بلد بل المجموع

ولو اوصى لابيه فقبل وهو مريض ثم مات الموصى له عتق ابوه من صلب ماله لانه لم

يتلف على الورثة شيئا مما هو محسوب مالا له وانما يعتبر من الثلث ما يخرجه عن ملكه كان

وانما ملكه هنا بالقبول وانعتق عليه قهرا تبعا الملكه ومثله ما لو ملكه بالارث او بالاتهاب

على الاقوى اما لو ملكه بالشراء فانه ينعتق من الثلث على الاقوى لاستناد العتق الى حصول

ملك الناشئ عن الشراء وهو ملكه في مقابلة عوض يفي بشرائه مالا يبقى في ملكه مضيع للثمن

على الوارث كما لو اشترى ما يقطع بتلفه ويحتمل اعتباره من الاصل كما لو اشترى مالا متقوما بثمن مثله

اذ الغرض ذلك والعتق امر قهري طرا بسبب القرابة وضعفه واضح لان بذل الثمن في

مقابلة ما قطع بزوال ماليته محض التضييع على الوارث ولو قال اعطوا زيدا والفقراء

فلزيد النصف لان الوصية لفريقين فلا ينظر الى احادهما كما لو اوصى لشخصين او قبيلتين

وقيل الربع لان اقل الفقراء ثلثة من حيث الجمع وان كان جمع كثرة لما تقدم من دلالة العرف

واللفظ على اتحاد الجميع فان اشترك بين زيد وبينهم بالعطف كان كاحدهم وضعّف بان

التشريك بين زيد والفقراء لا بينه وبين احادهم فيكون زيد في مقابل الفقراء فيعطى النصف

وفي المسئلة وجه ثالث وهو ان يكون زيد كواحد منهم لانهم وان كانوا جمعا يصدق

بالثلثة لكنه يقع على ما زاد ولا يتعين الدفع الى ثلثة بل يجوز الى ما زاد عليه بتعين حيث

يوجد في البلد ومقتضى التشريك ان يكون كواحد منهم وهو اقرب من السابق وان كان

الاصح الاول ولو جمع بين عطية منجزة في المرض كهبة ووقف وابراء ومؤخرة الى بعد الموت قدمت

المنجزة من الثلث وان تاخرت في اللفظ فان بقي من الثلث شيء بدئ بالاول فالاول من المؤخرة

كما مر ولا فرق في المؤخرة بين ان يكون فيها واجب يخرج من الثلث وغيره نعم لو كان مما يخرج

من الاصل قدم مطلقا واعلم ان المنجزة تشارك الوصية في الخروج من الثلث في اجود القولين

وان خروجها من الثلث يعتبر حال الموت وانه يقدم الاسبق منها فالاسبق لو قصر الثلث

عنها وتفارقها في تقدمها عليها ولزومها من قبل المعطى وقبولها كغيرها من العقود

وشرطها ونحو ذلك وانه لو برئ من مرضه لزمت من الاصل بخلاف الوصية ويصح

للموصي الرجوع في الوصية ما دام حيا في الاشياء كلها او في بعضها بقوله رجعت او نقضت او ابطلت او فسخت

او هذا لوارثي او حرام على الموصى له او لا تفعلوا كذا ونحو ذلك من الالفاظ الدالة

عليه وبفعل مثل بيع العين الموصى بها وان لم يقبضها او رهنها مع الاقباض قطعا وبدونه

على الاقوى ومثله جعله مالا وهبتها او الوصية بها لغير من اوصى له اولا ولا فرق

ان مجرد العرض على البيع والتوكيل فيه وايجابه وايجاب العقود الجائزة المذكورة

كاف في الفسخ لدلالته عليه لا تزويج العبد والامة واجارتهما وختانهما وتعليمهما

ووطء الامة بدون الاحبال او فعل ما يبطل الاسم ويدل على الرجوع مثل طحن

الطعام او عجن الدقيق او غزل القطن او نسج مغزوله او خلطه بالاجود بحيث لا

يتميز وانما قيد بالاجود لافادة الزيادة في الموصى به بخلاف المساوي والارداء فان

الدروس لم يفرق بين خلطه بالاجود وغيره في كونه رجوعا وفي التحرير لم يفرق

كذلك في عدمه والاشبه عدم الفرق ويتوقف كونه رجوعا على القرائن الخارجية فان

قوله وتطحين الطعام على حبة الطعام ما يؤكل وربما خص بالبر جمع الجوهري

لم يحكم بكونه رجوعاً لكون مع خلطه بالاجود شريكاً بنسبة القيمتين الفصل الثاني في الوصاية

بكسر الواو وفتحها وهي استنابة الموصي غيره بعد موته في التصرف فيما كان له التصرف

فيه من اخراج حق او استيفائه او ولاية على طفل او مجنون يملك الولاية عليه بالاصالة

او بالعرض وانما تصح الوصية على الاطفال بالولاية من الاب والجد له وان علا او

الوصي لاحدهما المأذون له من احدهما في الايصاء لغيره فلو نهاه عنه لم يصح اجماعاً

ولو اطلق قيل جاز لظاهر مكاتبة الصفار ولان الموصي اقامه مقام نفسه فيثبت له

من الولاية ما ثبت له ولان الاستنابة من جملة التصرفات المملوكة له بالنص وفيه

منع دلالة الرواية واقامته مقام نفسه في فعله مباشرة كما هو الظاهر ويمنع كون الاستنابة

من جملة التصرفات فان رضاه بنظره مباشرة لا يقتضي رضاه بفعل غيره لاختلاف الانظار

والاغراض في ذلك والاقوى المنع ويعتبر في الوصي الكمال بالبلوغ والعقل فلا تصح

الى صبي بحيث يتصرف حال صباه مطلقاً ولا الى مجنون كذلك والاسلام فلا تصح الوصية الى الكافر

وان كان رحماً لانه ليس من اهل الولاية على المسلمين ولا من اهل الامانة وللنهي

عن الركون اليه الا ان يوصي الكافر الى مثله ان لم نشترط العدالة في الوصي

لعدم المانع حينئذ ولو اشترطناها فهل يكفي عدالته في دينه ام تبطل مطلقاً وجهان

من ان الكفر اعظم من فسق المسلم ومن ان الغرض صيانة مال الطفل واداء الامانة

وتحصل بالعدل منهم والاقوى المنع بالنظر الى مذهبنا ولو اريد صحتها عندهم

وعدمه فلا غرض لنا في ذلك ولو ترافعوا الينا فان رددناهم الى مذهبهم

والا فاللازم الحكم ببطلانها بناء على اشتراط العدالة اذ لا وثوق بعدالته

في دينه ولا ركون الى من خالف الحق في كثير من احكام الاسلام والعدالة

فنقول الاقوى لان الوصية استئمان والفاسق ليس اهلاً له لوجوب التثبت

عند خبره ولتضمنها الركون اليه والفاسق ظالم منهي عن الركون اليه ولانها

استنابة على الغير فيشترط فيها العدالة كوكيل الوكيل بل اولى لان

تقصير وكيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل والموكل وتفحصهما عن مصلحتهما

بخلاف نائب الميت وهذا غير عدل لا يقدح في ذلك لان مقتضاها اثبات الولاية
بعد الموت وهو فرع اهليته عن الاذن والولاية ويعين لتصرف متعلقا بحق غير المستنيب
من طفل ومجنون ونحوهم فيكون اولى باعتبار العدالة من وكيل الوكيل ووكيل
الحاكم على مثل هذه المصالح وبذلك يظهر ضعف ما احتج به نافي اشتراطها من انتفاء
معنى الوكالة ووكالة الفاسق جائزة اجماعا وكذا استيداعه لما عرفت من الفرق بينهما
وبين الوكالة والاستيداع فانهما متعلقان بحق الموكل والمودع وهو مسلط على اتلاف ماله
فضلا عن تسليط غير العدل عليه والموصي انما يسلطه على حق الغير لخروجه عن ملكه
بالموت مطلقا مع انا نمنع ان مطلق الوكيل والمستودع لا يشترط فيهما العدالة واعلم ان هنا
انما اعتبر ليحصل الوثوق بفعل الوصي ويقبل خبره به كما يستفاد ذلك من دليله لا في صحة
الفعل في نفسه فلو اوصى لمن ظاهره العدالة وهو فاسق في نفسه ففعل مقتضى الوصية
فالظاهر نفوذ فعله وخروجه من العهدة ويمكن كون ظاهر الفسق كذلك لو اوصى اليه فيما بينه
وبينه وفعل مقتضاها بل لو فعله ظاهرا كذلك لم يبعد الصحة وان حكم ظاهرا بعدم وقوعه وضمانه
ما ادعى فعله وتظهر الفائدة لو فعل مقتضى الوصية باطلاع عدلين او باطلاع الحاكم.
الا ان ظاهر اشتراط العدالة ينافي ذلك كله ومثله يأتي في نيابة الفاسق عن غيره في
الحج ونحوه وقد ذكر لمم ونحوه ان عدالة النائب شرط في صحة الاستنابة لا في صحة
النيابة وكذا يشترط في الوصي الحرية فلا تصح وصاية المملوك لاستلزامها التصرف في مال
الغير بغير اذنه كما لا تصح وكالته الا ان ياذن المولى فتصح لزوال المانع وحينئذ فليس للمولى
الرجوع في الاذن بعد موت الموصي ويصح قبله كما انه قبل الحق وتصح الوصية الى الصبي
منضما الى كامل لكن لا يتصرف الصبي حتى يكمل فينفرد الكامل قبله ثم يشتركان مجتمعين
نعم لو شرط عدم تصرف الكامل الى ان يبلغ الصبي اتبع شرطه وحيث يجوز تصرف الكامل
قبل بلوغه لا يختص بالضروري بل له كمال التصرف وانما يقع الاشتراك في المتخلف
ولا اعتراض للصبي بعد بلوغه في نقض ما وقع من فعل الكامل موافقا للمشروع وعلى المانع
ولا يخفى عندنا مع اجتماع الشرائط لانتفاء المانع وقياس الوصية على القضاء واضح الفساد
[illegible]

نعم لو تعدد الوصي فيجتمعان لو كانا اثنين في التصرف بمعنى صدوره عن رأيهما ونظرهما وإن
باشره أحدهما إلا أن يشترط لهما الانفراد فيجوز حينئذ لكل منهما التصرف بمقتضى نظره فإن
تعاسرا فأراد أحدهما نوعا من التصرف ومنعه الآخر صح تصرفهما فيما لا بد منه كمؤنة
اليتيم والدابة وإصلاح العقار وتوقف غيره على اتفاقهما وللحاكم الشرعي إجبارهما
على الاجتماع من غير أن يستبدل بهما مع الإمكان إذ لا ولاية له فيما فيه وصي فإن
تعذر عليه جمعهما استبدل بهما تنزيلا لهما بالتعذر منزلة المعدوم ولا شيء كما في
الغاية كذا أطلقه الأصحاب وهو يتم مع عدم اشتراط عدالة الوصي أما معه فلا لأنهما
بتعاسرهما يفسقان لوجوب المبادرة إلى إخراج الوصية مع الإمكان فيخرجان بالفسق عن
الوصاية ويستبدل بهما الحاكم فلا يتصور إجبارهما على هذا التقدير وكذا لو لم نشترطها
وكانا عدلين لبطلانها بالفسق حينئذ على المشهور نعم لو لم نشترطها ولا كانا عدلين أمكن
إجبارهما مع التشاح وليس لهما قسمة المال لأنه خلاف مقتضى الوصية من الاجتماع
في التصرف ولو شرط لهما الانفراد فجواز الاجتماع نظر من أنه خلاف الشرط فلا يصح
ومن أن الاتفاق على الاجتماع يقتضي صدوره عن رأي كل واحد منهما وشرط الانفراد
اقتضى الرضا برأي كل واحد وهو حاصل إن لم يكن هنا آكد والظاهر أن شرط الانفراد
رخصة لهما لا تضييق نعم لو حصل لهما في حال الاجتماع نظر مخالف له حالة الانفراد توجه
المنع لجواز كون المصيب هو حالة الانفراد ولم يرض الموصي إلا به ولو نهاهما عن الاجتماع
اتبع قطعا عملا بمقتضى الشرط الدال صريحا على النهي عن الاجتماع فيمتنع ولو جوز لهما الا
الاجتماع والانفراد أمضي ما جوزه وتصرف كل منهما كيف شاء من الاجتماع والانفراد
فلو اقتسما المال في هذه الحالة جاز بالتنصيف والتفاوت حيث لا يحصل بالقسمة ضرر
لأن مرجع القسمة حينئذ إلى تصرف كل منهما في البعض وهو جائز بدونها ثم بعد القسمة
لكل منهما التصرف في قسمة الآخر وإن كانت في يد صاحبه لأنه وصي في المجموع فلا أثر لل
القسمة ولايته فيه ولو ظهر من الوصي المتحد والمتعدد على وجه يفيد الاجتماع عجز ضم الحاكم
إليه معينا لأنه بعجزه خرج عن الاستقلال المانع من ولاية الحاكم وبقدرته على المباشرة

في الجملة لم يخرج عن الوصاية بحيث يستقل الحاكم فيجمع بينهما بالضم ومثله ما لو هان احد الوصيين
على الاجتماع اما المأذون لهما في الانفراد فليس للحاكم الضم الى احدهما بعد الآخر لبقاء وصي كامل بعد نقص
آخر وهو ما لو شرط لاحدهما الاجتماع وسوغ للآخر الانفراد فيجب اتباع شرطه فيتصرف المنفرد بالاستقلال
وللآخر مع الاجتماع خاصة وقريب منه ما لو شرط لهما الاجتماع موجودين والانفراد للباقي بعد موت الآخر
او عجزه فيتبع شرطه وكذا يصح شرط مشرف على احدهما بحيث لا يكون للمشرف شيء من التصرفات وانما يصدر عن
رأيه فليس للوصي التصرف بدون اذنه مع الامكان فان تعذر ولو بامتناعه ضم الحاكم الى الوصي
معينا كالمشروط له الاجتماع على الاقوى لانه في معناه حيث لم يرض الموصي برأيه منفردا وكذا يجوز
اشتراط تصرف احدهما في نوع خاص وللآخر في الجميع منفردين ومجتمعين على ما اشترطا فيه ولو خان
الوصي المتحد او احد المجتمعين او وصف بنفي الخيانة عزله الحاكم بل الاجود انعزاله بذلك من غير
توقف على عزل الحاكم لخروجه من شرط الوصاية واقام الحاكم مكانه وصيا مستقلا ان كان
المعزول واحدا او ضم الى الباقي ان كان اكثر ويجوز للوصي استيفاء دينه مما في يده من غير
توقف على حكم الحاكم بثبوته ولا على حلفه على بقائه لان ذلك للاستظهار ببقائه لجواز ابراء
صاحب الدين او استيفائه والمعلوم هنا خلافه والمكلف بالاستظهار هو الوصي وكذا يجوز له
قضاء دين الميت الذي يعلم بقاءه الى حين القضاء ويتحقق العلم بسماعه اقرار الموصي به قبل الموت
بزمان لا يمكنه بعده القضاء ويكون المستحق ممن لا يمكن في حقه الاسقاط كالطفل والمجنون اما
ما كان اربابها مكلفين يمكنهم اسقاطها فلا بد من احلافهم على بقائها وان علم بها سابقا لا يكفي احلافه
اياهم الا اذا كان مستجمعا لشرائط الحكم وليس للحاكم ان يأذن له في التحليف مستندا الى علمه بالدين
بل لا بد من ثبوته عنده لانه تحكيم لا يجوز لغير اهله نعم له بعد ثبوته عنده بالبينة توكيله في
الاحلاف وله رد ما يعلم كونه وديعة او عارية او غصبا او نحو ذلك من الاعيان التي لا يحتمل انتقالها
عن ملك مالكها الى الموصي او وارثه في ذلك الوقت ولا يوصي الوصي الى غيره عمن اوصى اليه الا باذن
منه له فيه لا يصح على اصح القولين وقد تقدم وانما اعادها لفائدة التعميم فان السابقة مختصة بالوصي
على الطفل ومن بحكمه من ابيه وجده وهنا شاملة لسائر الاوصياء وحيث يأذن له فيه يقتصر على مدلول
الاذن فان خصه بشخص او وصف اختص وان عمم اوصى الى مستجمع الشرائط ويتعدى الحكم الى وصي

الوصي

وصية

الوصي ابتداء مع الاذن فيه لا بدونه وحيث لا يصرح له بالاذن في الايصاء يكون النظر بعده في وصيته
الاول الى الحاكم لانه وصي من لا وصي له وكذا حكم كل من مات ولا وصي له ومع التعذر الحاكم
لفقده او بعده بحيث يشق الوصول اليه عادة يتولى انفاذ الوصية بعض عدول المؤمنين من
باب الحسبة والمعاونة على البر والتقوى المأمور بها واشتراط العدالة يدفع محذور اتلاف
مال الطفل وشبهه والتصرف فيه بدون اذن شرعي فان ما ذكرنا هو الاذن وينبغي
الاقتصار على القدر الضروري الذي يضطر الى تقديمه قبل مراجعة الحاكم وتأخير غيره
الى حين التمكن من اذنه ولو لم يكن لفقده لم يختص وحيث يجوز ذلك يجب لانه من فروض
الكفاية وربما منع ذلك كله بعض الاصحاب لعدم النص وما ذكر من العمومات كاف في ذلك و
في بعض الاخبار ما يرشد اليه والصفات المعتبرة في الوصي من البلوغ والعقل والاسلام
على وجه والحرية والعدالة يشترط حصولها حال الايصاء لانه وقت انشاء العقد فاذا لم يكن
مجتمعة لم يقع صحيحا كغيره من العقود ولانه وقت الوصية ممنوع من التفويض الى من ليس
بالصفات وقيل يكفي حصولها حال الوفاة حتى لو اوصى الى من ليس باهل فاتفق حصول صفات الاهلية
له قبل الموت صح لان المقصود بالتصرف هو ما بعد الموت وهو محل الولاية ولا حاجة اليها قبله و
ويحصل صحيحا [illegible]
يضعف بما مر وقيل يعتبر من حين الايصاء الى حين الوفاة جمعا بين الدليلين والاقوى اعتبارها من
حين الايصاء واستمرارها ما دام وصيا ويجوز للوصي اجرة المثل عن نظره في مال الموصى عليهم مع
الحاجة وهي الفقر كما نبه عليه تع بقوله ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف ولا يجوز له مع
الغنى لقوله تع ومن كان غنيا فليستعفف وقيل يجوز اخذ الاجرة مطلقا لانها عوض عمل محترم و
قيل يأخذ قدر الكفاية لظاهر قوله فليأكل بالمعروف فان المعروف ما لا اسراف فيه ولا تقتير من
القوت وقيل اقل الامرين لان الاقل ان كان اجرة المثل فلا عوض لعمله شرعا سواها وان كان
الاقل الكفاية فلانها هي القدر المأذون فيه بظاهر الآية والاقوى جواز اخذ اقل الامرين مع
فقره خاصة لما ذكر وان حصول قدر الكفاية يوجب الغنى فيجب الاستعفاف عن الزائد وان
كان من جملة اجرة المثل ويصح للوصي رد الوصية ما دام الموصي حيا مع بلوغه الرد فلو رده
ولما يبلغ الموصي الرد بطل الرد ولو لم يعلم بالوصية الا بعد وفاة الموصي لزمه القيام بها وان

هذا اذا قبض قدر الكفاية او الاجرة تدريجا اما لو
قبض قدر اجرة المثل دفعة وان كانت
زائدة عن قدر الكفاية فقد وجب
عليه قبل الاخذ [illegible]
وجب عليه [illegible]
فتدبر

قال الجوهري النكاح الوطء وقد يكون بمعنى العقد تقول نكحتها ونكحت هي اي تزوجت ثم تردد في الكتاب العزيز تارة بمعنى العقد كقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وتارة في الوطء كقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فهل هو مشترك بينهما او حقيقة في [illegible] ومجاز في [illegible] قيل [illegible]
الاصل في الاستعمال الحقيقة وقيل [illegible] لما تقرر في [illegible] من اولوية المجاز عند التعارض مع الاشتراك وحيث غلب استعماله في العقد بل استقر [illegible]
عن الوطء اذ يقال هذا سفاح وليس بنكاح [illegible] الحقيقة كان حقيقة في العقد صح صح صح صح صح صح صح صح صح

لم يكن قد سبق قبول الامر للعجز عن القيام بها فيسقط وجوب القيام عن المجنون عند قطعا للحرج وظاهر
العبارة انه يسقط عنه ايضا وليس ببعيد بل يجب القيام بما امكن منها لعموم الادلة ومستند هذا الحكم
المخالف للاصل من اثبات حق على الموصى له على وجه قهري وتسليط الموصي على اثبات وجه على
ما اخبار كثيرة تدل بظاهرها عليه وذهب جماعة منهم العلامة في المخ والتحرير الى ان له الرد ما لم يقبل
لما ذكر ولاستلزامه الحرج العظيم والضرر في اكثر موارده وهما منفيان بالاية والخبر والاخبار
ليست صريحة الدلالة على المط ويمكن حملها على شدة الاستحباب واما حملها على سبق قبول الوصية فهو
مناف لظاهرها والجمع بين الاصحاب هو الوجوب مط وينبغي ان يستثنى من ذلك ما يستلزم الضرر
والحرج دون غيره واما اشتراط المجنون عند فواضح كتاب النكاح وفيه فصول الاول في المقدمات
النكاح مستحب مؤكد لمن يمكنه فعله ولا يخاف الوقوع بتركه في محرم والا وجب قال الله تعالى فانكحوا ما
طاب لكم من النساء وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله
والله واسع عليم واقل مراتب الامر الاستحباب وقال النبي صلى الله عليه وآله من رغب عن سنتي فليس مني وان من سنتي
النكاح وفضله مشهور بين المسلمين محقق في شرعهم حتى ان المتزوج يحوز نصف دينه روى في الكافي
باسناده الى النبي صلى الله عليه وآله قال من تزوج احرز نصف دينه فليتق الله في النصف الاخر والباقي وروي
ثلثا دينه وهو من اعظم الفوائد بعد الاسلام فقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله بطريق اهل البيت عليهم السلام
انه قال ما استفاد امرء مسلم فائدة بعد الاسلام افضل من زوجة مسلمة تسره اذا نظر اليها وتطيعه اذا
امرها وتحفظه اذا غاب عنها في نفسها وماله وقال صلى الله عليه وآله قال الله عز وجل اذا اردت ان اجمع للمسلم
خير الدنيا وخير الاخرة جعلت له قلبا خاشعا ولسانا ذاكرا وجسدا على البلاء صابرا وزوجة مؤمنة
تسره اذا نظر اليها وتحفظه اذا غاب عنها في نفسها وماله ولتختر البكر قال النبي صلى الله عليه وآله تزوجوا الابكار
فانهن اطيب شيء افواها وانشفه ارحاما وادر شيء اخلافا وافتح شيء ارحاما العفيفة عن الزنا الولود
اي مامون شانها ذلك بان لا تكون يائسة ولا صغيرة ولا عقيما قال النبي صلى الله عليه وآله تزوجوا بكرا ولودا ولا تزوجوا
حسناء جميلة عاقرا فاني اباهي بكم الامم يوم القيمة حتى بالسقط يظل محبنطئا على باب الجنة فيقول الله
عز وجل ادخل الجنة فيقول لا حتى يدخل ابواي قبلي فيقول الله تبارك وتعالى لملك من الملائكة
ائتني بابويه فيأمر بهما الى الجنة فيقول هذا بفضل رحمتي لك الكريمة الاصل بان يكون ابواها

النكاح يستعمل لغة في الوطء كثيرا وفي العقد قليلا

الايامى جمع ايم من لا زوج لها بكرا او ثيبا ومن لا امراة له جمع الاول ايايم ثم قلبا ايامى

العقر ويضم العقم

احبنطأ انتفخ جوفه واستلقى غضبا

[illegible]

صالحين او مؤمنين قال ع انكحوا الاكفاء وانكحوا فيهم واختاروا لنطفكم ولا يقتصر على الجمال
والثروة من دون مراعاة الاصل والعفة قال ع اياكم وخضراء الدمن قيل يا رسول الله وما
خضراء الدمن قال المراة الحسناء في منبت السوء وعن ابي عبد الله ع اذا تزوج الرجل المراة
لجمالها ومالها وكل الى ذلك واذا تزوجها لدينها رزقه الله الجمال والمال ويستحب لمن اراد
التزويج قبل تعيين المراة صلوة ركعتين والاستخارة وهو ان يطلب من الله تعالى الخيرة له
في ذلك والدعا بعدهما بالخيرة بقوله اللهم اني اريد ان اتزوج فقدر لي من النساء اعفهن
فرجا واحفظهن لي في نفسها ومالي واوسعهن رزقا واعظمهن بركة وقدر لي ولدا طيبا
تجعله لي خلفا صالحا في حياتي وبعد موتي او غيره من الدعاء وركعتي الحاجة لانه من مهام
الحوائج والدعا بعدهما بالماثور او بما سنح والاشهاد على العقد والاعلان اذا كان دائما
والخطبة بضم الخاء امام العقد للتاسي واقلها الحمد لله وايقاعه ليلا قال الرضا ع من السنة
التزويج بالليل لان الله جعل الليل سكنا والنساء انما هن سكن وليجتنب ايقاعه والقمر
في برج العقرب لقول الصادق ع من تزوج والقمر في العقرب لم ير الحسنى والتزويج حقيقة
في العقد فاذا اراد الدخول بالزوجة صلى ركعتين قبله وبعدهما يدعو بعد ان يحمد الله ويصلي
على النبي ص بقوله اللهم ارزقني الفها وودها ورضاها وارضني بها واجمع بيننا باحسن اجتماع
وآنس ائتلاف فانك تحب الحلال وتكره الحرام او غيره من الدعاء وتفعل المراة كذلك فتصلي
ركعتين بعد الطهارة وتدعو الله تعالى بمعنى ما دعا وليكن الدخول ليلا كالعقد قال الصادق ع
زفوا نساءكم ليلا واطعموا ضحى ويضع يده على ناصيتها وهي ما بين نزعتيها من مقدم
راسها عند دخولها عليه وليقل اللهم على كتابك تزوجتها وفي امانتك اخذتها و
بكلماتك استحللت فرجها فان قضيت لي في رحمها شيئا فاجعله مسلما سويا ولا
تجعله شرك شيطان ويسمي الله تعالى عند الجماع دائما عند الدخول بها وبعده ليتباعد عنه
الشيطان ويسلم من شركه ويسأل الله الولد الذكر السوي الصالح قال عبد الرحمن بن كثير
كنت عند ابي عبد الله ع فذكر شرك الشيطان فعظمه حتى افزعني فقلت جعلت فداك
فما المخرج من ذلك فقال اذا اردت الجماع فقل بسم الله الرحمن الرحيم الذي لا اله الا هو

بديع السموات والارض اللهم ان قضيت مني في هذه الليلة خليفة فلا تجعل للشيطان فيه شركا ولا
نصيبا ولا حظا واجعله مؤمنا مخلصا صفيا من الشيطان ورجزه جل ثناؤك ولتولم عند الزفاف ثلثة
ايام او يومين تأسيا بالنبي صلى الله عليه وآله فقد اولم على جملة من نسائه وقال ان من سنن المرسلين الاطعام
عند التزويج وقال صلى الله عليه وآله الوليمة اول يوم حق والثاني معروف وما زاد رياء وسمعة ويدعو
المؤمنين اليها وافضلهم الفقراء ويكره ان يكونوا كلهم اغنياء ولا بأس بالشركة ويستحب لهم
الاجابة استحبابا مؤكدا ومن كان صائما ندبا فالافضل له الافطار خصوصا اذا شق بصاحب الدعوة
صيامه ويجوز اكل نثار العرس واخذه بنا على الحال اي مع شهادة الحال بالاذن في اخذه
الحال يشهد باخذه دايما او على تقدير اخذه به فهل يملك بالاخذ ام هو مجرد اباحة قولان اجودهما
الثاني وتظهر الفائدة في جواز الرجوع فيه ما دامت عينه باقية ويكره الجماع مط عند الزوال
الا يوم الخميس فقد روي ان الشيطان لا يقرب الولد الذي يتولد حتى يشيب وبعد الغروب
حتى يذهب الشفق الاحمر ومثله ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس لورود النهي في الخبر
عاريا للنهي عنه رواه الصدوق عن ابي عبد الله عليه السلام وعقيب الاحتلام قبل الغسل او الوضوء قال صلى الله عليه وآله
يكره ان يغشى الرجل المرأة وقد احتلم حتى يغتسل من احتلامه الذي رأى فان فعل ذلك وخرج
الولد مجنونا فلا يلومن الا نفسه فلا يكره معاودة الجماع بغير غسل للاصل والجماع عند ناظر اليه
بحيث لا يرى العورة قال صلى الله عليه وآله والذي نفسي بيده لو ان رجلا غشي امرأته وفي البيت مستيقظ يراهما
ويسمع كلامهما ونفسهما ما افلح ابدا ان كان غلاما كان زانيا وان كانت جارية كانت زانية
وعن الصادق عليه السلام قال لا يجامع الرجل امرأته ولا جاريته وفي البيت صبي فان ذلك مما يورث
الزنا وهل يعتبر كونه مميزا وجه يشعر به الخبر الاول اما الثاني فمطلق والنظر الى الفرج
حال الجماع وغيره وحال الجماع اشد كراهة والى باطن الفرج اقوى شدة وحرمه بعض الاصحاب
وقد روي انه يورث العمى في الولد والجماع مستقبل القبلة ومستدبرها للنهي عنه والكلام من
كل منهما عند التقاء الختانين الا بذكر الله تعالى قال الصادق عليه السلام اتقوا الكلام عند ملتقى الختانين
فانه يورث الخرس ومن الرجل اكد منع وصية النبي صلى الله عليه وآله يا علي لا تتكلم عند الجماع فانه ان قضي
بينكما ولد لا يؤمن ان يكون اخرس وليلة الخسوف ويوم الكسوف وعند هبوب الريح الصفراء

اوالوداع

٣٠٢

والسوداء والزلزلة وعن الباقر عم انه قال والذي بعث محمدا صلعم بالنبوة واختصه بالرسالة واصطفاه بالكرامة لا يجامع احد منكم في وقت من هذه الاوقات فيرزق ذرية فيرى فيها قرة عين واول ليلة من كل شهر الا شهر رمضان ونصفه عطف على الاول لا على المستثنى وفي الوصية يا علي لا تجامع امرأتك في اول الشهر ووسطه وآخره فان الجنون والجذام والخبل يسرع اليها والى ولدها وعن الصادق عم يكره للرجل ان يجامع في اول ليلة من الشهر وفي وسطه وفي آخره وروي الصدوق عن علي عم قال يستحب للرجل ان يأتي اهله اول ليلة من شهر رمضان لقول الله عز وجل احل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم والرفث المجامعة للنهي عنه عن الكاظم عم مستثنيا منه هذه على نفسه ويجوز النظر الى وجه امرأة يريد نكاحها وان لم يستأذنها بل يستحب له النظر ليس تفوه عنه الغرور فانه مستام ياخذ باغلى ثمن كما ورد في الخبر ويختص الجواز بالوجه والكفين ظاهرهما وباطنهما الى الزندين وينظرها قائمة وماشية وكذا يجوز للمرأة نظره كذلك وروى عبدالله بن فضل مرسلا عن الصادق عم جواز النظر الى شعرها ومحاسنها وهي مواضع الزينة اذا لم يكن متلذذا وهي مروية بالارسال ويشترط العلم بصلاحيتها للتزويج بخلوها من البعل والعدة والتحريم وتجويز اجابتها ومباشرة المريد بنفسه فلا يجوز الاستنابة فيه وان كان اعمى وان لا يكون بريبة ولا تلذذ وشرط بعضهم ان يستفيد بالنظر فائدة فلو كان عالما بحالها قبله لم يصح وهو حسن لكن النص مطلق وان يكون الباعث على النظر ارادة التزويج دون العكس وليس بجيد لان المعتبر قصد التزويج قبل النظر كيف كان الباعث على النظر الى وجه الامة المستامة التي يريد شراءها وكذا الذمية وغيرها من الكفار بطريق اولى لا بشهوة فيهما ويجوز ان ينظر الرجل الى مثله ما عدا العورتين وان كان المنظور شابا حسن الصورة لا لريبة وهو خوف الفتنة ولا تلذذ وكذا نظر المرأة الى مثلها كما ان النظر الى جسد الزوجة باطنا وظاهرا وكذا امته غير المزوجة والمعتدة وبالعكس ويكره الى العورة فيهما والى المحارم وهو من يحرم نكاحه مؤبدا بنسب او رضاع او مصاهرة خلا العورة وهي هنا القبل والدبر وقيل يختص الاباحة بالمحاسن جمعا بين قوله قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم وقوله ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن

فانه من فعل ذلك خرج الولد مجنونا الا ترى ان المجنون يصرع في اول الشهر ووسطه وآخره

هذا اذا كان قبل الوقت فان كان بعد ذلك ...

ولا ينظر الرجل الى المرأة الاجنبية وهي غير المحرم والزوجة والامة الا مرة واحدة من غير
معاودة في الوقت الواحد عرفا الا لضرورة كالمعاملة والشهادة عليها اذا دعي اليها وللتحقيق
الوطء في الزنا وان لم يدع اليها والعلاج من الطبيب وشبهه وكذا يحرم على المرأة ان تنظر الى
الاجنبي او تسمع صوته الا لضرورة كالمعاملة والطب وان كان الرجل اعمى لتناول النهي
له ولقول النبي صلى الله عليه وآله لام سلمة وميمونة لما امرهما بالاحتجاب من ابن ام مكتوم وقولهما
انه اعمى أفعمياوان انتما ألستما تبصرانه وفي جواز نظر المرأة الى الخصي المملوك لها او بالعكس خلاف
منشاؤه ظاهر قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن المتناول بعمومه لموضع النزاع وما قيل من اختصاصه
بالاماء جمعا بينه وبين الامر بغض البصر وحفظ الفرج مطلقا ولا يرد دخولهن في نسائهن لاختصاصهن
بالمسلمات وعموم ملك اليمين للكافرات ولا يخفى ان هذا كله خلاف ظاهر الاية من غير وجه
للتخصيص ظاهرا ويجوز استمتاع الزوج بما شاء من الزوجة الا القبل في الحيض والنفاس وهو
موضع وفاق وكذا الامة والوطء في دبرها مكروه كراهة مغلظة من غير تحريم على اشهر القولين في
الروايتين وظاهر آية الحرث وفي رواية سدير عن الصادق عليه السلام يحرم لانه روي عن النبي صلى الله عليه وآله
انه قال محاش النساء على امتي حرام وهو مع سلامة سنده محمول على شدة الكراهة جمعا بينه
وبين صحيحة ابن ابي يعفور الدالة على الجواز صريحا والمحاش جمع محشة وهو الدبر ويقال ايضا
بالسين المهملة كنى بالمحاش عن الادبار كما كنى بالحشوش عن مواضع الغائط فان اصلها الحش
بفتح الحاء المهملة وهو الكنيف واصله البستان لانهم كانوا كثيرا ما يتغوطون في البساتين كذا
في نهاية ابن الاثير ولا يجوز العزل عن الحرة بغير شرطه ذلك حال العقد لمنافاته لحكمة
النكاح وهي الاستيلاد فيكون منافيا لغرض الشارع والاشهر الكراهة لصحيحة محمد بن مسلم عن
احدهما عليهما السلام انه سأله عن العزل فقال اما الامة فلا بأس واما الحرة فاني اكره ذلك
الا ان يشترط عليها حين يتزوجها والكراهة ظاهرة في المرجوح الذي لا يمنع من النقيض بل حقيقة
فيه ولا تصلح حجة للمنع من حيث اطلاقها على التحريم في بعض موارده فان ذلك على وجه المجاز
مع تقديم الحقيقة فاستعمالها يمنع من دلالة التحريم فلا مرجع الى الاصل الا الاباحة وحيث
يحكم بالتحريم يجب دية النطفة لها اي للمرأة خاصة عشرة دنانير ولو كرهنا فهو على

واحتج

واحترز بالحرة عن الامة فلا يحرم العزل عنها اجماعا وان كانت زوجة وبشرطية الدوام

الدائم فلا تحريم في المتعة وبعدم الاذن لو اذنت فانه ينتفي ايضا ويكره لها العزل بدون اذنه وهل

يحرم لو قلنا به مقتضى الدليل الاول ذلك والاخبار خالية عنه ومثله القول في دية النطفة له

ولا يجوز ترك وطء الزوجة اكثر من اربعة اشهر والمعتبر في الوجوب مسماه وهو الموجب للغسل

ولا يشترط الانزال ولا يكفي الدبر وكذا لا يجوز الدخول قبل اكمالها تسع سنين هلالية فتحرم

عليه مؤبدا لو افضاها بان صير مسلك البول والحيض واحدا او مسلك الحيض والغائط وهل

يخرج بذلك عن حباله قولان اظهرهما العدم وعلى القولين يجب الانفاق عليها حتى يموت احدهما

وعلى ما اخترناه تحرم عليه اختها والخامسة وهل يحرم عليه وطؤها في الدبر والاستمتاع بغير

الوطء وجهان اجودهما ذلك ويجوز له طلاقها ولا تسقط به النفقة وان كان بائنا و

لو تزوجت بغيره ففي سقوطها وجهان فان طلقها الثاني بائنا عادت وكذا لو تعذر الانفاق عليها

لغيبة او فقر مع احتمال وجوبها على المفضي مطلقا لاطلاق النص ولا فرق في الحكم بين الدائم و

المتمتع بها وهل يثبت الحكم في الاجنبية قولان اقربهما ذلك في التحريم المؤبد دون النفقة

وفي الامة الوجهان واولى بالتحريم وتقوى الاشكال في الانفاق لو اعتقها ولو افضى الزوجة

بعد البلوغ ففي تحريمها وجهان اجودهما العدم واولى بالعدم افضاء الاجنبية كذلك وفي تعدي

الحكم الى الافضاء بغير الوطء وجهان اجودهما العدم وقوفا فيما خالف الاصل على المحل

ووجبت الدية في الجميع ويكره للمسافر ان يطرق اهله اي يدخل اليهم من سفره ليلا وقيده

بعضهم بعدم اعلامهم بالحال والا لم يكره والنص مطلق روى عبد الله بن سنان عن الصادق عم

انه قال يكره للرجل اذا قدم من سفره ان يطرق اهله ليلا حتى يصبح وفي تعلق الحكم بمجموع الليل

او اختصاصه بما بعد المبيت وغلق الابواب نظر منشؤه دلالة كلام اهل اللغة على الامرين ففي

الصحاح اتانا فلان طروقا اذا جاء بليل وهو شامل لجميعه وفي نهاية ابن الاثير قيل اصل الطروق

من الطرق وهو الدق وسمي الآتي بالليل طارقا لاحتياجه الى دق الباب وهو مشعر بالثاني

ولعله اجود والظاهر عدم الفرق بين كون الاهل زوجة وغيرها عملا باطلاق اللفظ وان كان

الحكم فيها آكد وهو باب لنكاح الكتب الفصل الثاني في العقد ويعتبر اشتماله على الايجاب

والقبول اللفظيين كغيره من العقود اللازمة فالايجاب زوجتك وانكحتك ومتعتك لا غير اما
الاولان فموضع وفاق وقد ورد بهما القرآن في قوله تعالى زوجناكها ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء
واما الاخير فاكتفى به المص وجماعة لانه من الالفاظ النكاح لكونه حقيقة في المنقطع وان توقف
معه على الاجل كالدائم باحدهما فيه ويتميز به فاصل اللفظ صالح للنوعين فيكون حقيقة
في القدر المشترك بينهما ويتميزان بذكر الاجل وعدمه ولحكم بعض الاصحاب تبعا للرواية
بانه لو تزوج متعة ونسي ذكر الاجل انقلب دائما وذلك فرع صلاحية الصيغة له وذهب
الاكثر الى المنع منه لانه حقيقة في المنقطع شرعا فيكون مجازا في الدائم حذرا من الاشتراك
ولا يكفي ما يدل بالمجاز حذرا من عدم الانحصار والقول المحكي ممنوع والرواية مردودة
بما سياتي وهذا اولى والقبول قبلت التزويج او النكاح او تزوجت او قبلت مقتصرا عليه من غير
ان يذكر المفعول كلاهما اي الايجاب والقبول بلفظ المضي فلا يكفي قوله اتزوجك بلفظ المستقبل
منشئا على الاقوى وقوفا على موضع اليقين وما روي من جواز مثله في المتعة ليس صريحا فيه مع مخالفته
للقواعد ولا يشترط تقديم الايجاب على القبول لان العقد هو الايجاب والقبول والترتيب كيف
اتفق غير مخل بالمقصود ويزيد النكاح على غيره من العقود ان الايجاب من المراة وهي تستحيي غالبا
من الابتداء به فاغتفر هنا وان خولف في غيره ومن ثم ادعى بعضهم الاجماع على جواز تقديم القبول هنا
مع احتمال عدم الصحة كغيره لان القبول انما يكون للايجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولا
وحيث يتقدم يعتبر كونه بغير لفظ قبلت كتزوجت ونكحت وهو حينئذ في معنى الايجاب وكذا لا يشترط
القبول بلفظه اي بلفظ الايجاب بان يقول زوجتك فيقول قبلت التزويج او انكحتك
فيقول قبلت التزويج او ~~انكحتك~~ فيقول قبلت النكاح فلو قال زوجتك فقال قبلت النكاح
صح لصراحة اللفظ واشتراك الجميع في الدلالة على المعنى ولا يجوز العقد ايجابا وقبولا بغير
العربية مع القدرة عليها لان ذلك هو المعهود من صاحب الشرع ص كغيره من العقود
اللازمة بل اولى وقيل ان ذلك مستحب لا واجب لان غير العربية من اللغات من قبيل المترادف
يصح ان يقام مقامه ولان الغرض ايصال المعاني المقصودة الى فهم المتعاقدين فيتادى
باي لفظ اتفق وهما ممنوعان واعتبر ثالث كونه بالعربية الصحيحة فلا ينعقد بالملحون والمحرف

٣٤

مع القدرة على الصحيح نظراً إلى الواقع من صاحب الشرع ولا ريب أنه أولى وينقطع مع العجز عنه والمراد
به ما يشمل المشقة الكثيرة في التعلم أو فوات بعض الأغراض المقصودة ولو عجز أحدهما اختص
بالرخصة ونطق القادر بالعربية بشرط أن يفهم كل منهما كلام الآخر ولو بمترجمين عدلين
وفي الاكتفاء بالواحد وجه ولا يجب على العاجز التوكيل وإن قدر عليه للأصل والأخرس يعقد
إيجاباً وقبولاً بالإشارة المفهمة للمراد ويعتبر في العاقد الكمال فالسكران باطل عقده ولو
أجاز بعده وخصه بالذكر تنبيهاً على رد ما روي من أن السكرى لو زوجت نفسها ثم أفاقت
فرضيت أو دخل بها فأفاقت وأقرته كان ماضياً والرواية صحيحة إلا أنها مخالفة للأصول الشرعية
فأطرحها الأصحاب إلا الشيخ في النهاية ويجوز تولي المرأة العقد عنها وعن غيرها إيجاباً و
قبولاً بغير خلاف عندنا وإنما نبه على خلاف بعض العامة المانع منه ولا يشترط الشاهدان
في النكاح الدائم مطلقاً ولا الولي في نكاح الرشيدة وإن كانا أفضل على الأشهر خلافاً لابن أبي
عقيل حيث اشترطهما فيه استناداً إلى رواية ضعيفة تصلح استناداً للاستحباب لا للشرطية
ويشترط تعيين الزوجة والزوج بالإشارة أو بالاسم أو الوصف الرافعين للاشتراك
فلو كان له بنات وزوجه واحدة ولم يسمها فإن أبهم ولم يعين شيئاً في نفسه بطل العقد لا
لاستحالة بغير معين وإن عين في نفسه من غير أن يسميها لفظاً فاختلفا في المعقود عليها حلف
الأب إذا كان الزوج رآهن وإلا بطل العقد ومستند الحكم رواية أبي عبيدة عن الباقر عليه السلام
وفيها على تقدير قبول قول الأب أن عليه فيما بينه وبين الله تعالى أن يدفع إلى الزوج الجارية
التي نوى أن يزوجها إياه عند عقدة النكاح ويشكل بأنه إذا لم يسم للزوج واحدة
منهن فالعقد باطل سواء رآهن أم لا لما تقدم من أن رؤية الزوجة غير شرط في صحة النكاح
فلا مدخل لها في الصحة والبطلان ونزلها الفاضلان على أن الزوج إذا كان قد رآهن فقد رضي
بما يعقد عليه الأب منهن ووكل الأمر إليه فكان كوكيله وقد نوى الأب واحدة معينة
فصرف العقد إليها وإن لم يكن رآهن بطل لعدم رضا الزوج بما يسميه الأب ويشكل بأن
رؤيته لهن أعم من تفويض التعيين إلى الأب وعدمها أعم من عدمه والرواية مطلقة
والرؤية غير شرط في الصحة فتخصيصها بما ذكر والحكم به لا دليل عليه فالعمل بإطلاق

المشهور ... لا يشترط في العقد الولي ولا الشهود مختلف

أبي عبيدة قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كانت له ثلاث بنات ... فزوج إحداهن رجلاً ولم يسم التي زوج للزوج ولا للشهود ... فقال أبو جعفر عليه السلام إن كان الزوج رآهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن فالقول في ذلك قول الأب وعلى الأب فيما بينه وبين الله أن يدفع إلى الزوج الجارية التي كان نوى أن يزوجها إياه عند عقدة النكاح وإن كان الزوج لم يرهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن عند عقدة النكاح فالنكاح باطل

كما صنع جماعة او ربما نظر الى ما في الفقيه لاصول المذهب كما صنع ابن ادريس وهو لا يليق
لو فرض تفويض به اليه التعيين ينبغي الحكم بالصحة وقبول قول الاب مطلقا نظرا الى ان الاختلاف
في فعله وان نظر الى ان التعيين ليس بشرط في صحة النكاح وان لم يفوض اليه التعيين بطل مطلقا
ولا ولاية في النكاح لغير الاب والجد وان علا والمولى والحاكم والوصي لاحد الاولين فولاية
القرابة للاولين ثابتة على الصغيرة او المجنونة او البالغة سفيهة وكذا الذكر المتصف باحد
الاوصاف الثلاثة لا على البكر البالغة الرشيدة في الاصح للاية والاخبار والاصل وما ورد
من اخبار الدالة على افتقار البنت البكر الى اذن الولي محمول على كراهة الاستبداد جمعا اذ لو
عمل بها لزم اطراح ما دل على انتفاء الولاية ومنهم من جمع بينهما بالتشريك بينهما في الولاية
ومنهم من جمع بحمل احديهما على المتعة والاخرى على الدوام وهو تحكم ولو عضلها الولي
وهو ان لا يزوجها بالكفؤ مع وجوده ورغبتها فلا بحث في سقوط ولايته وجواز استقلالها
به ولا فرق بين كون النكاح بمهر المثل وغيره ولو منع من غير الكفؤ لم يكن عضلا وللمولى
تزويج رقيقه ذكرا كان ام انثى رشيدا كان ام غير رشيد ولا خيار له معه وله اجباره عليه
مطلقا ولو تحرر بعضه لم يملك اجباره حينئذ كما لا يصح نكاحه الا باذنه والحاكم والوصي يزوجان
من بلغ فاسد العقل او سفيها مع كون النكاح صلاحا له وخلوه من الاب والجد له ولا ولاية
لهما على الصغير مطلقا ولا على من بلغ رشيدا ويزيد الحاكم الولاية على من بلغ ورشد ثم
تجدد له جنون وفي ثبوت ولاية الوصي على الصغيرين من المطلق مطلقا او مع تصريحه له
في الوصية بالنكاح اقوال اختار المصنف هنا انتفاءها مطلقا وفي شرح الارشاد اختار الجواز
مع التنصيص ومطلقا وقبله العلامة في المختلف وهو حسن لان تصرف الوصي منوط بالغبطة
وقد تتحقق في نكاح الصغير ولعموم فمن بدله ولرواية ابي بصير عن الصادق ع قال الذي
بيده عقدة النكاح هو الاب والاخ والرجل يوصى اليه وذكر الاخ غير مناف لامكان حمله
على كونه وصيا ايضا ولان الحاجة قد تدعو الى ذلك لتعذر تحصيل الكفؤ حيث يراد خصوصا
مع التصريح بالولاية فيه ها هنا مسائل الاولى يصح اشتراط الخيار في الصداق لان
ذكره في العقد غير شرط في صحته فيجوز اخلاؤه عنه واشتراط عدمه فاشتراط الخيار

فيه غير مناف لمقتضى العقد فيندرج في عموم المؤمنون عند شروطهم فان فسخ ذو الخيار ثبت
مهر المثل مع الدخول ولو اتفقا على غيره قبله صح ولا يجوز اشتراطه في العقد لانه ملحق
بضروب العبادات لا المعاوضات فيبطل العقد باشتراط الخيار فيه لان التراضي انما وقع
والعبادات لا يدخلها الخيار رح
بالشرط الفاسد ولم يحصل وقيل يبطل الشرط خاصة لان الواقع شيئان فاذا بطل احدهما بقي
ابن ادريس
الآخر ويضعف بان الواقع شيء واحد وهو العقد على وجه الاشتراط فلا يتبعض ويمكن ارادة
القول الثاني من العبارة ويصح توكيل كل من الزوجين في النكاح لانه مما يقبل النيابة ولا
يختص غرض الشارع بايقاعه من مباشر معين فيقول الولي وكيل المرأة لوكيل الزوج زوجت
من موكلك فلان ولا يقول منك بخلاف البيع ونحوه من العقود والفرق ان الزوجين
في النكاح ركنان بمثابة الثمن والمثمن في البيع فلا بد من تسميتهما في البيع فكذا الزوجان في النكاح
ولان البيع يرد على المال وهو يقبل النقل من شخص الى آخر فلا يمتنع ان يخاطب به الوكيل
وان لم يذكر الموكل والنكاح يرد على البضع وهو لا يقبل النقل اصلا فلا يخاطب به الوكيل الا
مع ذكر المنقول اليه ابتداء ومن ثم لو قبل النكاح وكالة عن غيره فانكر الموكل الوكالة بطل
الى الحكم لعدم قبوله النقل
ولم يقع للوكيل بخلاف البيع فانه يقع مع الانكار للوكيل ولان الغرض في اموال متعلق
هذا اذا لم يسم الموكل وان سمى بطل البيع ايضا
بحصول الاعواض المالية ولا نظر غالبا الى خصوص الاشخاص بخلاف النكاح فانه
هذا لا يتم في النكاح المنقطع فان خصوص الاشخاص غير منظور [illegible]
متعلق بالاشخاص فيعتبر التصريح بالزوج ولان البيع يتعلق بالمخاطب دون من له العقد
والنكاح بالعكس ومن ثم لو قال زوجتها من زيد فقبل له وكيله صح ولو حلف ان
ينكح فقبل له وكيله حنث ولو حلف ان لا يشتري فاشترى له وكيله لم يحنث وفي
بعض هذه الوجوه نظر وليقل الوكيل قبلت لفلان كما ذكر في الايجاب ولو اقتصر على
قبلت ناويا موكله فالاقوى الصحة لان القبول عبارة عن الرضا بالايجاب السابق فاذا وقع
بعد ايجاب النكاح للموكل صريحا كان القبول الواقع بعده رضا به فيكون للموكل ووجه
عدم الاكتفاء به ان النكاح نسبة فلا يتحقق الا بتخصيصه بمعين كما في الايجاب وضعفه يعلم
مما سبق فانه لما كان رضا بالايجاب السابق اقتضى التخصيص بمن وقع له ولا يزوجها
الوكيل من نفسه الا اذا اذنت فيه عموما كزوجني ممن شئت او ولو من نفسك او

ان الغرض يتعلق بحصول الاعواض فيه [illegible]

ان الارادة متعلق بر [illegible] ان الارادة متعلقة في نفس الامر وان كان متعلقا في النكاح بالموكل فلم لا يجوز مثله في البيع وان الارادة متعلق بالمخاطب في نفس الامر فهو مم [illegible]

نصص

فيتجه على الاول اما الاول فلان المفهوم من اطلاق الاذن تزويجها من غير كفو المتبادر
ان الوكيل غير الزوج واما الثاني فلان العام ناص على جزئياته بخلاف المطلق وفيه نظر
واما الثالث فلانتفاء المانع مع النص وقد منع بعض الاصحاب استنادا الى رواية عمار الدالة
على المنع وانه نص موجبا فاتلا مرد بضعف الرواية وجواز تولي الطرفين اكتفاء
بالمغايرة الاعتبارية وله تزويجها مع الاطلاق من والده وولده وان كان مولى عليه **الثانية**
لو ادعى زوجية امراة فصدقته حكم بالعقد ظاهرا لانحصار الحق فيهما ولعموم اقرار
العقلاء على انفسهم جائز وتوارثا بالزوجية لان ذلك من لوازم ثبوتها ولا فرق بين كونهما
غريبين او بلديين ولو اعترف احدهما خاصة قضي عليه بمدعاه سواء حلف المنكر ام لا فيمنع
من التزويج ان كان امراة ومن اختها وبنت اختها بدون اذنها او ينفذ ما اقر به من
المهر وليس لها مطالبته به ويجب عليه التوصل الى تخليص ذمته ان كان صادقا ولا نفقة عليه لعدم
التمكين ولو اقام المدعي بينة او حلف اليمين المردودة مع نكول الآخر ثبتت الزوجية ظاهرا
عليهما فيما بينهما وبين الله العمل بمقتضى الواقع ولو انتفت البينة ثبت على المنكر اليمين وهل له
التزويج الممتنع على تقدير الاعتراف قبل الحلف نظر من تعلق حق الزوجية في الجملة وكون
تزويجها يمنع من نفوذ اقرارها به على تقدير رجوعها لانه اقرار في حق الزوج الثاني ومن عدم
ثبوته وهو لا يقتضي توجه اليمين متى طلبه المدعي كما يصح تصرف المنكر في كل ما يدعيه عليه
غيره قبل ثبوته استصحابا للحكم السابق المحكوم به ظاهرا ولاستلزام المنع منه الحرج في بعض
الموارد كما اذا غاب المدعي واخر الاحلاف ثم ان استمرت الزوجة على الانكار فواضح
وان رجعت الى الاعتراف بعد تزويجها بغيره لم يسمع بالنسبة الى حقوق الزوجية الثانية
عليها وفي سماعه بالنسبة الى حقوقها قوة اذ لا مانع منه فيدخل في عموم جواز اقرار
العقلاء على انفسهم جائز على هذا فان ادعت انها كانت عالمة بالعقد حال دخول الثاني بها فلا
مهر لها عليه ظاهرا لانها بغي بزعمها وان ادعت الذي بعده فلها مهر المثل للشبهة وبموتها الزوج
الاول [illegible] ارث الاول بما يسع من تركتها بعد مهر الثاني نظر من نفوذ الاقرار على
نفسها وهو غير مناف ومن عدم ثبوته ظاهرا مع انه انما يتحقق الوارث **الثالثة** لو ادعى